

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE

ROLE DU NOTAIRE

EN MATIÈRE

DE PRÊT HYPOTHÉCAIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Lundi 31 Octobre 1910, à 10 heures

PAR

F. BURTHE-MIQUE

Président : M. MASSIGLI.

Suffragants : { MM. BARTIN, } professeurs.
 { TISSIER, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LE
ROLE DU NOTAIRE
EN MATIÈRE
DE PRÊT HYPOTHÉCAIRE

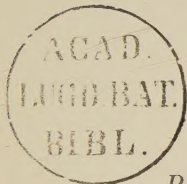
THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Lundi 31 Octobre 1910, à 10 heures

PAR

F. BURTHE-MIQUE



Président : M. MASSIGLI.

Suffragants : { MM. BARTIN, }
 TISSIER, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

CHAPITRE I

PRÉLIMINAIRES

Il règne, en jurisprudence, aussi bien qu'en doctrine, une grande incertitude sur le caractère exact du rôle joué par les notaires dans les actes qu'ils sont appelés à rédiger, sur la nature des rapports juridiques qui prennent naissance entre eux et leurs clients, entre eux et les tiers.

Cette incertitude a pour cause principale, primordiale même, le laconisme de la loi organique du 25 ventôse an XI. En l'absence de textes formels et précis, on a donc été conduit à chercher dans le droit commun les principes auxquels on pourrait rattacher le double rôle du notaire vis-à-vis, et de sa clientèle, et des tiers.

Nous nous préoccupons dans cette étude de déterminer l'étendue du rôle joué par le notaire en matière de prêts hypothécaires, car c'est surtout dans cette partie de son ministère, que ce rôle mérite d'être approfondi : les hypothèques, en effet, et ce qui s'y rattache, constituent pour les notaires un monopole ; elles sont fréquentes, donnent lieu à des opérations d'une valeur considérable,

autant de motifs d'étudier spécialement le rôle et les devoirs des notaires en cas de prêt hypothécaire, puisque aussi bien c'est sur ce point que nous rencontrons le plus grand nombre d'arrêts, c'est-à-dire de matériaux nécessaires pour essayer de construire une théorie générale, présentant quelque unité.

L'intervention des notaires dans la conclusion des actes juridiques est fort ancienne, et nous aurons même, pour mieux éclairer leur rôle actuel, à remonter quelque peu dans l'histoire. Une institution aussi importante que celle du notariat, est assise sur des traditions qu'on ne peut comprendre qu'en en cherchant l'origine dans le passé, surtout si l'on vient à considérer que ce corps a pour caractère principal de régulariser en quelque sorte la pratique juridique, jouant ainsi fatalement un rôle de conservation pour lequel la prudence est une qualité dominante.

Mais, avant de remonter aux origines du notariat pour y étudier à quels besoins a correspondu la création de l'institution, et les phases par laquelle elle a passé jadis, il importe de remarquer dès maintenant l'importance des conclusions auxquelles cette étude peut conduire: ce serait trop peu que d'envisager seulement le rôle purement juridique du notaire dans les prêts hypothécaires, sans essayer au moins de dégager le côté social de l'intervention notariale, sans tenter de montrer à quel point aujourd'hui les notaires sont liés à notre régime hypothécaire et sans nous demander enfin si leur intervention en cette

matière, et le monopole dont ils sont investis à l'exclusion de tous autres, méritent la critique ou la défense du législateur. Enfin nous nous efforcerons même de rattacher la question notariale à l'important problème, chaque jour posé, de la réforme hypothécaire, et de rechercher jusqu'à quel point cette réforme peut trouver gêne ou appui dans les prérogatives dont jouissent actuellement les notaires.

Le rôle du notaire en cas de prêt hypothécaire, ne se réduit pas à nos yeux à une simple question de responsabilité civile. Ce rôle a eu et doit avoir encore une portée économique et sociale considérable. C'est même là, à notre sens, la partie primordiale de la question. Mais on ne peut l'étudier qu'après avoir établi sur des bases solides, le rôle juridique du notaire, et c'est par là que nous commencerons cet essai après l'avoir fait précéder toutefois d'un court historique.

CHAPITRE II

HISTORIQUE

Les notaires ont leur charte constitutive dans la loi organique du 25 ventôse an XI, modifiée par la loi du 21 juin 1843, et surtout par celle du 12 août 1902. Mais leur institution est aussi ancienne que la nécessité pour les divers membres d'une Société de prendre avis en certaines circonstances d'hommes expérimentés et intègres, « conseils désintéressés, rédacteurs impartiaux, espèces « de juges volontaires qui obligent irrévocablement les « parties contractantes » (1).

On peut même penser que cette nécessité se fit et se fera toujours sentir, dans l'avenir comme dans le passé, car si, dans les civilisations plus rudimentaires, l'ignorance de l'écriture obligeait les contractants à recourir à des scribes, l'extrême complication des affaires, dans nos civilisations modernes, accroît le nombre sans cesse grandissant des arbitres et des intermédiaires.

(1) Réal, Séance du 14 ventôse an XI, *Moniteur universel*, 16 ventôse an XI.

Le nom de « notaires » (notarii) d'ailleurs, se comprend très facilement, quand on considère quelles furent primitivement leurs fonctions, : à Rome, l'expression « notarii » s'étendait d'une manière générale à quiconque était chargé d'écritures et de comptabilité publiques. Mais parmi tous ces « notarii », subdivisés en « notarii frumenti », « notarii decurionum » ou « censuales », « notarii militantes », etc... il convient de citer tout particulièrement les « notarii subadjuvæ, » chargés de transcrire les actes importants, et par là même, se rapprochant davantage de nos notaires modernes : ils servaient en quelque sorte de greffiers auprès des autorités constituées, et formaient un collège à part parmi les fonctionnaires ou officiales de la chancellerie impériale (1).

A côté de ces notarii, on peut placer les « tabularii » (2), également officiers publics : le tabularius était secrétaire de la Curie et devait être pris parmi les personnes libres (3).

En troisième lieu nous voyons figurer enfin le « tabelio » ; lorsqu'on eut étendu, par l'édit de Caracalla, le droit des Quirites aux provinces, il en résulta de grandes difficultés pour la rédaction des actes ; — car les prudents qui rédigeaient les actes à Rome, étaient en très petit nombre dans les provinces. Faute de mieux, le public eut recours à des écrivains qui se tenaient sur les

(1) Maynz, *Droit Romain*, n° 209.

(2) Girard, *Droit Romain*, 3^e édition, p. 538 note 1.

(3) Loi 3 au Code *De tabul. scrib.*

marchés et faisaient métier d'écrire les actes : ils n'avaient aucun caractère officiel, à la différence des « tabularii (1) ; » — cependant quand leurs fonctions prirent de l'extension avec le temps, ils furent soumis à la surveillance de l'autorité publique et à une action disciplinaire.

Cette surveillance, et l'autorité qui s'attacha peu à peu aux tabellions, malgré qu'ils n'eussent pas le caractère officiel, eurent pour résultat de faire considérer leurs actes comme des « instrumenta publica » ou « publice confecta », mais à plusieurs conditions : Justinien exigea la présence de trois ou cinq témoins, suivant les cas ; l'acte devait être rédigé d'abord par le tabellion en minute (scheda), puis ensuite mis au net (mundum), signé par les parties, par les témoins, et par le tabellion lui-même. A partir de Justinien également, l'acte dut être rédigé sur un papier où se trouve collé à la première page (protocollum), un timbre indiquant l'année de la fabrication du papier.

Après Justinien on confondit dans le langage vulgaire comme dans le langage juridique les trois expressions, jusque-là bien distinctes, de « tabularius », « tabellio », et « notarius », et ce fut cette dernière qui l'emporta pour donner naissance au terme de « notaire », le seul qui soit chez nous couramment employé.

C'est avec le caractère de fonctionnaires publics que nous allons voir se continuer la profession de notaire au moyen âge, ce qui explique les traits distinctifs du notariat à cette époque.

(1) Girard, *loc. cit.*

Les notaires alors sont considérés comme des fonctionnaires attachés aux Chancelleries qui continuent à jouer le rôle des bureaux du Bas Empire romain. Il y en eut de spécialement attachés aux rois de France ; ceux ci prirent le nom de « notaires royaux ». Les autres dépendaient des diverses juridictions du royaume, officialités, prévôtés et bailliages, près desquelles ils remplissaient le rôle de greffiers. Ils avaient tous le droit de sceau, et les actes délivrés par eux jouissaient du double privilège d'être authentiques et exécutoires.

A côté de ces notaires, véritables fonctionnaires attachés aux services de justice, le Midi en connut d'autres, chargés simplement de rédiger les actes, recevant leur investiture de la puissance publique, et continuant, dans le pays de droit écrit les fonctionnaires du Bas-Empire. Le Pape et l'Empereur, qui se prétendaient héritiers de l'Empire Romain, en créèrent un grand nombre, les autres étaient nommés par les autorités locales : d'où l'existence de trois catégories de notaires : les « notaires apostoliques », les « notaires impériaux » et les « notaires municipaux ».

Dans les pays de droit coutumier, à côté de chaque juridiction royale existait une petite chancellerie placée sous la direction d'un garde du scel royal. Chacune de ces chancelleries avait elle-même pour annexe un tabellionage ou bureau d'écritures publiques, et un notaire tabellion juré, y recevait les actes des autres notaires jurés du ressort de la juridiction, délivrait les grosses, donnait l'authenticité aux actes en y apposant le sceau de la

juridiction, gardait enfin les notes ou minutes (d'où le nom, parfois à lui donné, de « garde-notes »).

Depuis le xvi^e siècle, le sceau fut réservé aux actes qu'on voulait revêtir de la force exécutoire. (Edits de juillet 1706 et d'avril 1708) (1) et les notaires royaux des pays de coutume obtinrent la permission d'apposer eux-mêmes le sceau sur leurs actes.

Ainsi donc, dans notre ancien droit, deux grandes catégories de notaires : ceux qui disposent du sceau donnant à leurs actes la force exécutoire, parce qu'ils participent dans la chancellerie à l'exercice de la justice, et ceux qui ont la simple faculté de faire des actes authentiques, sans plus.

Ce rapide exposé historique présente un intérêt fondamental pour qui veut expliquer le rôle des notaires en matière hypothécaire dans notre ancien droit :

Deux questions, en effet, se posent à ce sujet :

1^o L'hypothèque a-t-elle toujours nécessité un acte notarié?

2^o Comment expliquer que tout acte notarié emportait hypothèque générale?

Sur le premier point, nous nous trouvons en présence de deux théories :

D'après l'une, l'hypothèque avait toujours nécessité un acte notarié, même dans notre ancien droit ; et dès le début de notre histoire juridique, l'hypothèque ne pou-

(1) Isambert.

vait être entraînée que par un acte exécutoire revêtu du sceau public (1). Cette opinion se fonde sur cet argument, qu'en ce qui concerne les immeubles, il ne pouvait y avoir de saisie sans un acte exécutoire sur ceux-ci.

Une théorie opposée soutient que l'hypothèque fut à l'origine l'œuvre exclusive de la volonté des parties (2). Si l'acte notarié possède à la fois la force exécutoire et l'action hypothécaire, c'est seulement par simple coïncidence. D'après cette thèse, ce fut pendant de longues années que l'hypothèque put être établie par acte sous seings privés ; et si plus tard, s'introduisit la nécessité d'un acte notarié, ce ne fut qu'au xvi^e siècle et à la suite des règles introduites en matière de preuve par les ordonnances de Villers-Cotterets, et de Moulins : cette exigence, qui n'avait d'abord été édictée que « *ad probationem* », aurait peu à peu changé de caractère, et finalement été considérée comme édictée « *ad solemnitatem* ».

La seconde question, relative à l'origine de la règle que tout acte notarié emportait hypothèque générale, est de suite résolue par ceux qui admettent la corrélation entre la force exécutoire et l'action hypothécaire : telle est l'opinion de M. Planiol (3) :

« L'acte notarié ancien, après avoir relaté les conventions des parties, se terminait par une triple formule :
« 1^o une *confessio in jure*, par laquelle les parties recon-

(1) Brissaud, *Manuel d'Histoire du Droit Français*, p. 1513.

(2) En ce sens, Esmein, p. 202.

(3) Planiol, t. II, n^o 2683, note 4

« naissent comme vraies les énonciations contenues dans
« l'acte ; 2° une *obligatio*, c'est à-dire une constitution
« d'hypothèque générale sur tous les biens présents et à
« venir ; 3° une *condemnatio*, par laquelle le notaire
« agissant comme délégué du juge, condamne les parties
« à exécuter leurs conventions sous la garantie de l'hypo-
« thèque ».

Les partisans de la doctrine adverse, qui refusent de faire dériver l'hypothèque de la force exécutoire, expliquent l'hypothèque générale par une clause en vertu de laquelle le débiteur obligeait tous ses biens présents et à venir, cette clause devint de style et depuis le xvi^e siècle, elle fut sous-entendue dans tous les actes notariés.

Législation révolutionnaire.

La loi des 29 septembre, 6 octobre 1791 et la loi du 25 ventôse an XI ont rompu les liens qui attachaient les notaires aux tribunaux, pour en faire des sortes de fonctionnaires relevant du pouvoir exécutif, et pour les charger de donner l'authenticité aux conventions privées.

Ces mêmes lois les groupèrent, en les unifiant, en une seule catégorie, celle des notaires publics, et la vénalité et l'hérédité des offices furent supprimés.

En même temps que l'on transformait le notariat de

cette manière, l'on faisait également subir au régime hypothécaire un remaniement complet : les lois du 9 messidor an III, et du 11 brumaire an VII allaient poser en effet des principes nouveaux.

A la première de ces lois, on doit la notion de la publicité, et à la seconde, la publicité et la spécialité réunies : enfin c'est cette dernière qui, sous le nom de transcription, a organisé la publicité des transmissions immobilières. C'est donc à partir de ces lois que les notaires, chargés de la rédaction des actes notariés, ont dû se préoccuper de la situation hypothécaire des biens donnés en garantie réelle, puisque désormais ils étaient à même de connaître les charges grevant l'immeuble. De même, à partir de l'an VII, ils durent prendre soin de désigner suffisamment les biens pour obéir au principe de la spécialité.

Enfin, et avant de passer à l'étude de la loi de ventôse an XI, signalons en passant que plus tard la recherche des origines de propriété, qui passa par des phases diverses, fut de beaucoup simplifiée par la loi du 23 mars 1855, qui, établissant la transcription dans toutes les aliénations entre vifs, qu'elles aient lieu à titre gratuit ou à titre onéreux, facilita singulièrement la connaissance des mutations de propriété.

Loi de ventôse an XI.

Cette loi, dans son article 1^{er}, donne des notaires la

définition suivante : « Les notaires sont des fonctionnaires
« publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats
« auxquels les parties doivent ou veulent faire donner
« le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'auto-
« rité publique, et pour en assurer la date, en conserver
« le dépôt, en délivrer des grosses et expéditions. »

Or, parmi les actes auxquels les parties *doivent* faire donner le caractère d'authenticité figure en premier lieu la constitution d'hypothèque : ainsi l'article 2127 dit ceci :

« L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie
« que par acte passé en la forme authentique devant
« deux notaires, ou devant un notaire et deux
« témoins. »

Dans ces deux citations se trouvent les raisons mêmes du rôle des notaires en matière de prêt hypothécaire, établissant leur intervention obligatoire, c'est-à-dire leur monopole.

L'article 2127 ne se contente pas en effet d'un acte authentique pour la constitution d'hypothèque ; il exige un acte authentique d'une nature spéciale, un acte *notarié*, passé, dit-il, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

Certains auteurs ne veulent voir dans cette exigence qu'un souvenir de l'ancien droit (1). Ils estiment que dans une législation où il est permis de vendre un

(1) Planiol, t. II, n° 2758.

immeuble ou de le grever de servitudes par un simple acte sous seings privés, il n'est pas rationnel, pour le frapper d'hypothèque, d'exiger un acte notarié : sans doute l'hypothèque est un acte grave, mais l'aliénation totale, dont la portée est plus considérable encore, est permise, font-ils observer, sans l'intervention d'aucun officier ministériel (1).

Nous croyons cependant qu'il est possible de justifier dans notre législation l'intervention exigée d'un acte notarié pour la constitution d'hypothèque : et d'après nous, l'article 2127 a été inspiré par des considérations de haut intérêt pratique mettant en jeu le Crédit Public.

Tout d'abord, et en dehors de la tradition qui exigeait un acte authentique dans la plupart des provinces, le Code civil a pensé qu'au lendemain de la loi du 11 brumaire an VII qui établissait le principe de spécialité, il était indispensable de placer auprès des parties, un guide éclairé pour les renseigner sur les exigences de cette spécialité, et leur éviter des erreurs entraînant nullités. Ce motif garde encore sa valeur aujourd'hui, si l'on considère que notre régime hypothécaire présente nombre de difficultés, et demande à qui veut s'y aventurer une véritable habitude professionnelle. Sans doute, en ce qui concerne la transmission des immeubles, les problèmes du droit foncier se posent d'une manière aussi délicate,

(1) Beudant, II, 646.

mais à notre sens, la seule conséquence qu'on puisse tirer de cette objection, c'est qu'il serait utile d'exiger l'intervention d'un notaire dans ces transmissions. En fait, dans la grande majorité des cas d'aliénations immobilières, on a recours à leur office, et cela tient à l'extrême complication de notre législation sur ce point, et à la manière défectueuse dont est organisée la publicité de ces aliénations. En effet il faut être vraiment versé dans ces questions pour demander utilement la publicité nécessaire, ce qui faisait dire à M. Charles Gide (1) :

« Chez nous, les notaires sont la cheville ouvrière de
« tout le système. Comme ils conservent d'ordinaire les
« mêmes clients de génération en génération, ils réus-
« sissent sans trop de peine à reconstituer dans leurs
« études l'histoire de chaque domaine un peu important,
« et à obtenir du conservateur des hypothèques des états
« à peu près exacts ». Aussi si l'on doit changer une
règle, ce n'est pas celle exigeant l'authenticité pour les
constitutions d'hypothèques, mais bien plutôt celle qui
ne l'exige pas pour les transmissions immobilières.

Mais en admettant même que ces mutations foncières soient simplifiées et améliorées par la création de Livres Fonciers, il serait encore désirable que les actes susceptibles de donner naissance à la publicité correspondante, aient le caractère d'authenticité. A ce sujet nous

(1) *Bulletin de la Société de législation comparée*, avril 1886, p. 323.

ne pouvons mieux faire que de reproduire les paroles suivantes de notre maître M. Massigli (1) :

« Ce n'est pas nous qui créons pour la première fois
« le système des Livres Fonciers ; nous l'empruntons à
« des pays où il existe depuis longtemps, où il a atteint
« un très haut degré de perfectionnement, et il y aurait
« peut-être témérité de notre part à ne vouloir tenir
« aucun compte des enseignements que nous donnent
« ces pays sur un point du système aussi essentiel que
« celui que nous discutons en ce moment. Or je constate
« que les lois qui sont considérées comme les plus par-
« faites en matière de Livres Fonciers veulent à la base
« de l'inscription des actes authentiques, et je constate
« encore qu'à mesure que de nouveaux pays adhèrent au
« système, ils adhèrent pareillement à la règle des actes
« authentiques. Faut-il citer le Code civil allemand, et
« les lois prussiennes qui l'ont précédé ? Vous savez
« qu'elles exigent, ou une déclaration de dessaisine devant
« le juge conservateur, ou un acte authentique.
« Depuis 1886 il a été fait deux lois sur les Livres Fon-
« ciers et le régime des droits réels immobiliers dans le
« canton de Vaud ; toutes deux sont en faveur de l'au-
« thenticité. Le projet de Code civil fédéral, tout récem-
« ment publié, qui prévoit l'institution des Livres Fon-
« ciers dans toute la Suisse, exige l'authenticité des

(1) Procès-verbaux de la commission extra-parlementaire du cadastre, fasc. 9, p. 238.

« actes produits en vue de l'inscription (1). Le projet
« préparé pour le Grand Duché de Luxembourg n'admet
« la présentation des actes sous seings privés que s'ils
« ont été reconnus en justice ou devant notaire ; c'est
« indirectement exiger l'acte authentique. Je pourrais
« multiplier les exemples ; ceux que je viens de vous
« fournir suffisent. Il y a évidemment des raisons générales de cette préférence pour les actes authentiques :

« La première est la simplification du contrôle du
« conservateur et, par conséquent, la simplification des
« formalités et du fonctionnement du Livre Foncier :
« mais ce n'est pas la seule :

« En exigeant la forme authentique pour les actes soumis à la publicité, on donne à l'application de cette
« publicité plus de certitude, car on peut imposer aux
« officiers publics, et le projet n'a pas manqué de le faire
« dans l'article 33, l'obligation de pourvoir eux-mêmes à
« l'accomplissement de la publicité. »

D'ailleurs certaines personnes, tout en défendant l'acte sous seings privés pour les transmissions de propriété, reconnaissent la nécessité de l'acte authentique pour les constitutions d'hypothèques. C'est ainsi que M. Chalmel, qui admet l'acte sous seings privés pour les ventes immobilières (2), s'exprime de la manière suivante à propos des hypothèques :

(1) Dans le nouveau Code, cette disposition forme l'article 963.

(2) Sous-commission juridique du cadastre, séance du 22 mars 1900, fascic. 9, p. 237.

« Au point de vue de la forme dans laquelle doit être
« constituée l'hypothèque, nous avons également main-
« tenu, en la précisant quelque peu, la disposition con-
« sacrée par l'article 2127 du Code civil qui prescrit
« l'acte authentique. L'hypothèque est un acte grave ;
« celui qui la consent peut être sous l'empire de la néces-
« sité : il importe qu'il soit averti, que sa liberté soit pro-
« tégée par la présence d'un officier public (1). »

On ajoute, en faveur de l'intervention notariale dans les prêts hypothécaires, qu'il importe que les registres des conservateurs ne soient pas surchargés d'inscriptions prises sans droit ; il convient donc qu'avant de leur être soumis, les actes présentent déjà de sérieuses garanties, au moins, dit M. de Loynes, quant aux signatures qui leur donnent la force (2).

C'est la même préoccupation qui dictait à M. Massigli un amendement destiné à rendre obligatoire le bordereau authentique dressé par le notaire établissant la capacité du disposant et faisant foi de l'existence et de la régularité des pièces justificatives qui y sont mentionnées.

Cette brève esquisse historique nous a permis d'établir sur quelles traditions on s'est basé pour rédiger l'article 2127 du Code civil, d'analyser cet article, de le justifier, et même d'en étendre l'application dans le cas d'un remaniement possible de notre régime hypothécaire.

(1) Challamel, Rapport général sur les Privilèges et Hypothèques, 1901, n° 84, p. 45.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t. II, n° 1406.

CHAPITRE III

INTERVENTION DU NOTAIRE DANS LES PRÊTS HYPOTHÉCAIRES

Nous sommes amenés maintenant à étudier le but et le caractère juridique de l'intervention des notaires dans les diverses opérations de leur ministère ayant trait aux prêts hypothécaires.

Et tout d'abord, nous allons examiner le rôle qu'ils sont appelés à jouer dans la phase préparatoire de ces prêts.

§ 1. — Rôle du notaire avant la Rédaction de l'acte.

A) Recherche des Contractants.

Il arrive souvent qu'un propriétaire d'immeubles désire emprunter sur hypothèque, ou qu'au contraire, un client d'un notaire venant de recevoir des fonds, cherche à les employer dans un prêt hypothécaire. Mais ces personnes ignorent qui pourrait leur fournir cet argent ou en avoir

besoin, et alors ils chargent leur notaire de leur trouver une contre-partie.

L'hypothèse la plus simple est évidemment celle où le notaire compte dans sa clientèle deux personnes susceptibles de traiter l'une avec l'autre : en pareil cas, il n'a qu'à proposer l'affaire à celui de ses clients qui lui semble en état de remplir les conditions demandées. Cette manière d'agir se rencontre très fréquemment dans les études importantes, disposant d'une nombreuse clientèle; mais dans les petites études au contraire, le notaire, n'ayant pas toujours sous la main une personne qui veuille prêter ou emprunter, se trouve dans l'obligation, pour pouvoir satisfaire son propre client, de chercher une contre-partie en dehors de sa clientèle. Dans quelle mesure a-t-il le droit de le faire, quelles règles doit-il observer en cette matière, telle est l'importante question pratique de la recherche de la clientèle.

En pareille circonstance les devoirs des notaires sont déterminés par des règlements sanctionnés par le droit disciplinaire. La loi eût pu assigner à chaque notaire un territoire exclusif, ce qui aurait supprimé toute concurrence. Si elle ne l'a pas fait, c'est dans l'intérêt des parties et pour leur laisser une certaine latitude dans le choix de leur notaire. Toutefois ce choix a été considérablement restreint au moyen du ressort, à l'exception des seuls notaires des villes, qui, favorisés par le législateur, peuvent instrumenter dans un grand rayon.

En revanche, non seulement il n'est pas permis aux

notaires des villes de considérer certains cabinets d'affaires ou de gérance d'immeubles, comme des annexes de l'étude, de posséder des courtiers, de se servir de leurs clercs pour solliciter les actes à passer dans leur famille, mais encore les règlements notariaux leur font un devoir de s'abstenir de toutes démarches, directes ou indirectes, publiques ou secrètes, pour s'attirer des affaires ou des clients, ou les détourner de l'étude à laquelle ils appartiennent. Il est à peine besoin de faire remarquer que les notaires doivent aussi s'abstenir d'accorder, sous quelque forme que ce soit, des remises ou des concessions à des tiers, notamment à des agents ou solliciteurs d'affaires, comme de composer à prix inférieur sur les honoraires en usage : et la remise totale des honoraires d'un acte, généralement autorisée, prendrait un caractère répréhensible, si elle avait pour but de causer un préjudice à un confrère. Diverses autres mesures, tendant au respect des clientèles, sont également prescrites par les règlements. Ainsi :

« Deux notaires ne peuvent demeurer dans la même maison. »

« Les notaires doivent s'abstenir de faire, par la voie
« des journaux ou par affiches, des annonces générales
« d'immeubles à vendre, même dans telle contrée, ou de
« capitaux à placer. »

« Les notaires ne peuvent, hors les cas d'urgence, délivrer ni expéditions, ni extraits isolés des pièces
« annexées à leurs actes, lorsqu'il en existe minute dans

« l'étude d'un notaire de l'arrondissement. Ils peuvent
« seulement délivrer extrait ou expédition des annexes,
« à la suite des expéditions ou grosses de l'acte passé en
« conséquence.

« Un notaire ne peut admettre dans son étude, sans le
« consentement de son ancien patron, ou, en cas de dé-
« cès de celui-ci, de la Chambre, le principal clerc d'une
« autre étude du même canton. Il ne peut également
« admettre, sans le même consentement, avant un an de
« sa sortie, tout autre clerc du canton ou de l'arrondis-
« sement. Aucun notaire ne saurait, de plus, prendre soit
« comme clerc, soit comme expéditionnaire un ancien
« notaire du canton, ni les greffiers, huissiers et titulaires
« de fonctions incompatibles avec le notariat (1).»

Et même il ne suffit pas toujours pour le notaire de ne pas rechercher la clientèle : il est des cas où son devoir est de la refuser. Ce refus n'est pas toujours possible, un notaire n'ayant pas le droit de refuser son ministère à une partie qui le lui réclame ; mais, sans avoir à prendre un parti extrême, il est souvent possible de prendre un moyen terme, en n'acceptant qu'après avoir fait certaines démarches commandées par l'esprit de confraternité. Par exemple, il faut avertir l'ancien notaire des parties de la perte à laquelle il est exposé, afin qu'il puisse tenter d'empêcher ses clients de s'éloigner de son étude, et de les y ramener. De même, il est du devoir du notaire

(1) Règlements.

d'adresser à la partie qui se présente devant lui, des observations suggérées par un esprit de bienveillance vis-à-vis de l'autre notaire.

Notamment ces devoirs des notaires auxquels s'offrent de nouveaux clients, sont plus stricts encore, lorsqu'il s'agit de réaliser une affaire déjà confiée à un confrère ; car ce revirement peut faire présumer des faits d'une extrême gravité imputables au premier notaire, et par suite, en certains cas, compromettre son avenir.

B) Nature du lien juridique unissant le notaire à ses clients.

Tout autre, et très controversé, est le problème de savoir dans quelle mesure le notaire, en recherchant prêteurs ou emprunteurs, s'engage envers eux par des liens de droit.

Lorsqu'il connaît personnellement un prêteur et un emprunteur qui se sont offerts d'eux-mêmes, il se contente alors de les présenter l'un à l'autre ; en pareil cas, son rôle est celui d'un simple intermédiaire, d'un courtier : le courtier est en effet celui qui met en présence les parties contractantes. Il semble bien en résulter que les obligations et la responsabilité du notaire en cette qualité soient régulièrement diminuées, car, les clients contractant directement entre eux, le courtier n'a aucun risque à courir si l'opération est mauvaise, car il n'est nullement partie à l'acte. « Le rapprochement étant une fois opéré,

« les intéressés contractent ensemble et sont seuls obligés les uns envers les autres, les courtiers disparaissent (1) ».

Quand nous employons ici le mot « courtage », il faut entendre une opération juridique absolument semblable au courtage commercial, c'est-à-dire « le fait d'un individu qui, sans s'obliger lui-même, rapproche deux personnes qui veulent conclure un contrat » (2), — mais cela en matière exclusivement civile : le notaire se trouve dans une situation identique à celle du courtier, la seule différence entre eux consistant en ceci, que le courtier a en vue une opération commerciale, tandis que le notaire n'agit que pour conclure un contrat de droit civil.

Cette explication était nécessaire pour faire voir que nous n'avons jamais envisagé, dans le cas qui nous occupe, le courtage commercial interdit aux notaires par l'ordonnance du 4 janvier 1843 dans son article 12 ; en outre, le notaire accomplit une opération qui revêt un caractère immobilier, et n'est ni un acte de spéculation, ni un acte de circulation, toutes raisons s'opposant à la naissance d'un acte commercial ; son rôle en tant que courtier disparaît derrière son rôle de rédacteur d'actes, il ne rapproche les parties que pour pouvoir exercer le monopole que lui confère la loi. On peut donc conclure qu'en

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, t. IV, n° 1001.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*.

mettant en présence ses clients en vue d'un prêt hypothécaire, le notaire accomplit un acte de son ministère qui ne saurait être prohibé par aucune loi : acte purement civil et ne relevant pas du Tribunal de Commerce, puisque, comme nous l'avons dit, l'idée de courtage disparaît derrière l'idée d'un autre acte purement civil, à savoir la constitution d'une hypothèque, qui prime tout dans l'espèce et impose à l'action indivisible du notaire son caractère prépondérant.

Si le notaire ne se contente pas de rapprocher deux personnes qu'il connaît et qui se sont offertes spontanément à lui, s'il reçoit la mission de rechercher un prêteur ou un emprunteur, il se trouve alors vis-à-vis des personnes pour le compte de qui il fait des recherches dans une situation juridique qu'il importe de bien définir.

Théorie du mandat. — Je ne crois pas qu'on puisse dire ici qu'il existe à proprement parler un mandat : on ne charge pas en effet le notaire d'aller trouver la contrepartie, de passer un acte juridique avec elle, de parler, lui mandataire, au nom d'un mandant qu'il représente ; lorsque le notaire a cru trouver un prêteur ou un emprunteur, il ne fait avec lui aucune négociation, il se contente seulement d'en avertir son client, il les met en rapport l'un avec l'autre afin qu'ils discutent entre eux les conditions de leur contrat : quant à lui, son rôle se bornera ensuite à donner à ces conventions la forme authentique et la force exécutoire. Certes il pourrait devenir

un mandataire, s'il agissait autrement, mais, dans les cas les plus fréquents, ceux où le notaire laisse aux parties le soin de traiter l'affaire entre elles, il ne saurait être considéré comme le mandataire d'aucune : car, que fait-il en l'espèce ? Il rend à son client un service, en lui faisant connaître une personne disposée à s'entendre avec lui. Or « d'après l'article 1984, le mandat est le contrat par lequel une personne appelée *mandant* donne à une autre appelée *mandataire* le pouvoir *d'accomplir en son nom un ou plusieurs actes juridiques* » (1). Et peut-on dire que le notaire chargé de rechercher s'il existe à sa connaissance une personne décidée à traiter avec son client, ait reçu de ce dernier le pouvoir d'accomplir en son nom un acte juridique ? Pas le moins du monde, il n'a rien à accomplir de semblable : il procure seulement un renseignement qui n'a rien de juridique, il fait connaître, il désigne des contre-parties possibles, mais il ne traite rien, il ne décide rien, il n'engage en rien son client ; en réalité il accomplit un fait matériel pour autrui, et s'il a pris l'engagement de faire des recherches, il n'a promis qu'une activité qui rentre plutôt dans le cadre du contrat de louage que dans celui du mandat.

D'ailleurs, à y bien réfléchir, il paraît difficile de parler ici de louage : sans vouloir entamer la discussion du point de savoir s'il existe en droit français un genre de

(1) Planiol, t. II, n° 2231.

louage spécial applicable à des services d'un ordre plus relevé, régi par des règles propres, et rémunéré, non par un salaire, mais par des honoraires, il est permis de se demander s'il existe même dans le cas qui nous occupe un contrat de louage ou tout au moins un contrat analogue. Car, que se passe-t-il le plus souvent? Quelqu'un cherche une personne qui désirerait prêter ou emprunter : il va trouver pour cela son notaire, et lui explique sa situation. Or, le notaire dit bien à son client qu'il le préviendra, s'il apprend qu'un tiers soit en mesure de contracter dans ces conditions, mais il ne lui promet point de trouver ce tiers, il ne lui promet même pas de consacrer son activité juridique à rechercher ce co-contractant. Donc, je ne vois pas ici même des apparences suffisantes pour autoriser à prononcer le mot de louage.

Nous irons même plus loin encore en nous demandant si la convention, intervenue entre le notaire et son client, présente à proprement parler le caractère d'un contrat : il nous semble pas, car ici il manque avant tout le désir de part et d'autre de faire naître un lien de droit. Le client n'entend nullement s'engager à accepter par avance la personne que le notaire pourrait lui présenter, et le notaire ne s'engage pas à trouver un co-contractant.

Nous nous trouvons en présence d'une demande et d'une promesse de service à rendre comme on en rencontre chaque jour dans les conventions mondaines. Le

notaire promet, mais sous une condition purement protestative de sa part qui détruit tout lien de droit, puisqu'il entend n'avoir jamais à rendre compte des démarches qu'il pourra faire, si bon lui semble.

Tel est le droit commun. Dans la pratique, il est vrai, on rencontre des hypothèses où le notaire a pris dans la recherche des emprunteurs une part plus active : par exemple lorsqu'il s'agit d'un client illettré, ignorant des affaires, ayant dans son notaire une confiance absolue : mais, si la situation change en fait, elle ne saurait changer en droit ; sans doute dans le cas que nous venons de signaler, le rôle du client s'efface devant celui du notaire, mais celui-ci n'intervient pas juridiquement au nom du client, il n'est jamais que son conseil : or, qui donne un conseil, si autorisé soit-il, et quelle que soit l'influence qu'il puisse avoir, ne contracte pas avec celui qui prend son avis. Entre eux aucun lien contractuel ne se forme, et tout ce qu'on peut dire, c'est que le donneur de conseil peut engager sa responsabilité aux termes de l'article 1382 du Code civil.

Supposons maintenant que le notaire ait trouvé un co-contractant : ne devient-il pas courtier par ce fait ?

Peut-être, mais, nous l'avons vu, en tant que courtier, le notaire ne prend aucun engagement, il n'est lié à aucun titre vis-à-vis du prêteur ou de l'emprunteur : dire qu'il est courtier, c'est dire seulement qu'il a accompli le fait matériel de rapprocher les deux contractants. S'il n'a stipulé aucune rémunération pour son entremise,

sa condition de courtier ne le place pas plus dans une situation juridique que ne le ferait le fait de chercher pour un homme dans la misère une âme charitable qui veuille bien s'intéresser à lui : en effet quand la loi envisage le courtage comme un acte créant des liens de droit entre le courtier et les personnes qu'il a rapprochées, elle ne vise que le courtage commercial, acte dans lequel le courtier a l'habitude de se faire rémunérer de ses recherches, et par suite faisant naître entre celui-ci et les contractants des rapports juridiques bien définis. Le notaire, lui, lorsqu'il cherche un prêteur ou un emprunteur ne fait pas payer spécialement ce service, il se contentera des honoraires qu'il percevra pour la rédaction de l'acte, peut-être mettra-t-il plus ou moins d'empressement selon qu'il aura de plus ou moins grandes craintes que l'acte ne lui échappe ; mais de sa recherche même il n'est pas rémunéré, elle ne constitue donc pas entre son client et lui un engagement donnant naissance à un rapport de droit.

Autre hypothèse : supposons que le notaire ait accepté d'une façon ferme de trouver un co-contractant, qu'il ait reçu la mission de négocier l'affaire, et qu'il ait consenti que le client lui ait abandonné le soin de la discussion du prêt, qu'il lui ait dit, non pas : « si par hasard, vous connaissez quelqu'un, prévenez-moi, » mais « je m'en rapporte complètement à vous, c'est vous que je charge de me trouver quelqu'un ». Alors ne semble-t-il pas qu'il y ait mandat, puisque le client ne s'occupe plus de rien,

le notaire cherche seul une contre-partie, discute avec elle, négocie les conditions du prêt, en arrête les bases et prévient seulement son client quand l'accord est fait avec le contractant qu'il a découvert ?

Beaucoup d'arrêts admettent ici cette idée du mandat, mais même dans cette hypothèse, nous ne croyons pas qu'on puisse parler de mandat ; cela tient, selon nous, à ce que le notaire ne conclut pas un acte juridique au nom de son client ; il prépare l'affaire, il la discute, il la met au point, mais il ne la conclut pas. Charger quelqu'un d'étudier, de faire un rapport sur une affaire, ce n'est pas lui confier un mandat.

« La distinction », dit M. Planiol (1), « entre le mandataire véritable et le simple employé qui loue ses services, est parfois délicate. Le fait qu'une personne coopère à l'accomplissement d'un acte juridique ne suffit pas toujours à lui conférer la qualité de mandataire, l'acte juridique qui consiste essentiellement dans une *volonté*, s'accompagne ordinairement d'actes matériels pour lesquels la personne qui agit peut recourir aux offices d'un tiers, sans cesser d'être elle-même l'auteur de l'acte. Un véritable mandataire est celui dont la *volonté* entre seule en jeu lors de la conclusion de l'acte, qui prend la *résolution* nécessaire pour le conclure, qui le *veut* et le *consent* ; mais l'emploi d'un *messenger* dans la conclusion d'un contrat

(1) Planiol, t. II, n° 2232, note 3.

« entre absents, n'est pas un mandat, parce que le mes-
« sager, même chargé d'un message verbal, n'est qu'un
« instrument de transmission. »

S'il fallait au reste une démonstration plus forte encore de l'inexistence d'un mandat; on la trouverait dans les difficultés que l'on éprouve à faire la preuve de celui-ci.

Le mandat, comme tous les contrats d'ailleurs, doit être prouvé par écrit au delà de 150 francs ; or, en fait, nous en verrons plus loin la raison (1), il n'existe aucune convention écrite passée entre le notaire et son client, du moins dans la presque unanimité des cas ; et d'autre part la plus grande majorité, sinon la totalité des prêts hypothécaires sont supérieurs à 150 francs : conséquence, on ne devrait jamais parler ici de mandat.

Théorie du mandat tacite. — C'est alors que la jurisprudence pour se tirer d'embarras, invoque l'idée d'un mandat tacite : en quoi elle commet une erreur de droit.

Qu'est-ce qu'un mandat tacite ? C'est celui qui s'induit de la conduite du mandant manifestée d'une manière non douteuse, mais non expresse, et n'exigeant de sa part aucune déclaration, ni verbale, ni écrite : or le notaire, s'il a reçu un mandat, a reçu un mandat exprès et verbal, on l'a chargé d'un prêt hypothécaire et de toutes les conséquences qu'il comporte. Pour qu'il y ait mandat tacite, il faudrait que le fait de confier de l'argent à un notaire entraînât mandat tacite pour lui de placer les fonds sur

(1) Voir p. 43 et suiv.

hypothèque, même quand on ne l'a pas chargé expressément de le faire ; de même que le fait par le mari de confier des fonds à sa femme entraîne pour celle-ci mandat tacite de les dépenser pour les besoins du ménage. Mais telle n'est pas notre hypothèse, c'est ce que dit, mieux que nous ne pourrions le faire, M. Planiol (1) :

« On cite à tort, comme mandat tacite, la charge im-
« posée aux notaires de s'assurer de la solidité d'une
« garantie hypothécaire, quand ils font un placement
« pour le compte de leurs clients ; le notaire, chargé du
« placement, a reçu un mandat exprès, quoique souvent
« purement verbal, et l'obligation particulière de veiller
« aux intérêts de son client n'est qu'une suite de sa
« qualité de mandataire ; cela est compris implicitement
« dans le mandat qu'on lui a donné, mais celui-ci n'est
« pas tacite. »

Dès lors il est impossible d'approuver les arrêts qui admettent comme preuve du mandat, des présomptions qui d'ailleurs, il faut l'avouer, ne sont pas toujours convaincantes. Telles sont :

L'élection de domicile chez le notaire, alors qu'on a pu vouloir seulement s'assurer une compétence déterminée (2).

De même le fait d'avoir gardé les pièces et la grosse de

(1) Planiol, t. II, n° 2241.

(2) Cass., 2 avril 1856 (D. 56. 1. 247) ; Cass., 4 mai 1874 (D. 74. 1. 489) ; Cass., 1^{er} mars 1886 (D. 86. 1. 437) ; Cass., 7 novembre 1899 (*Rép. not.*, 15 janvier 1900).

l'acte par devers soi (1) peut s'expliquer très bien par la négligence des parties à venir les chercher, ou par le droit du notaire à les retenir jusqu'à payement de ses honoraires.

Le fait que le client est illettré a été de même très souvent retenu comme une preuve du mandat (2), alors que très souvent les gens illettrés sont plus que d'autres soucieux de faire leurs affaires avec minutie et se confient à d'autres moins volontiers.

Ou encore le fait que le notaire était le notaire habituel du client, que ce dernier avait toute confiance en lui, ou que telles sont les habitudes du notariat de la région (3).

On a également retenu comme preuves du mandat tacite, ces considérations que le notaire avait eu l'initiative du placement (4) ou qu'il avait traité avec l'emprunteur, sans le mettre en relations avec le prêteur (5).

La Cour de cassation reconnaît que les tribunaux ont en cette matière un pouvoir souverain d'appréciation.

De toutes ces règles exorbitantes sur la preuve découle selon nous un argument de plus à l'encontre de l'idée de

(1) Cass., 19 mars 1856 (D. 57. 1. 156); Cass., 18 janvier 1892 (*Rev. not.*, n° 8967).

(2) Cass., 14 février 1855 (D. 55. 1. 170); Cass., 22 avril 1856 précité; Cass., 18 août 1873 (S. 74. 1. 160); Cass., 15 décembre 1874 (D. 75. 1. 463); Cass., 18 janvier 1892 (S. 92. 1. 255); Cass., 2 juillet 1896 (D. 97. 1. 195).

(3) Cass., 2 juillet 1896 précité.

(4) Cass., 21 octobre 1885 (D. 86. 1. 403).

(5) Bordeaux, 12 février 1890 (D. 91. 2. 47); Agen, 28 janvier 1891 (D. 92. 2. 79).

mandat, et pour conclure sur ce point, nous croyons devoir faire encore un emprunt à M. Planiol dont l'opinion confirme la nôtre, au moins en tant qu'elle combat l'idée d'un mandat et y substitue celle de devoir professionnel (1) :

« Et pourtant, pour qu'il y ait *mandat*, il faut bien
« qu'il y ait une preuve de la *volonté du mandant*, car
« c'est lui qui le donne. La Cour n'a relevé qu'une chose,
« *la qualité sociale* des clients, leur pauvreté, leur igno-
« rance ; c'est là pour elle ce qui rendait le notaire res-
« ponsable à leur place des formalités qu'ils avaient à
« remplir. N'est-ce pas reconnaître que cette responsa-
« bilité existe de plein droit pour le notaire, qu'elle fait
« partie de sa mission et d'une façon normale ? Car on
« doit bien penser que la majorité du public ignore les
« règles compliquées du régime hypothécaire et de la loi
« en général : il faut être jurisconsulte de profession pour
« les comprendre. Le notaire ne serait donc relevé de
« cette mission spéciale que par exception, quand il
« aurait affaire à des clients ayant, non pas l'intelligence
« cultivée et les connaissances générales d'un homme
« instruit, mais bien les connaissances spéciales que
« l'étude du droit peut seule donner pour les affaires
« civiles. Une pareille conception va beaucoup plus loin
« que l'idée d'un mandat tacite qui suppose une conven-
« tion spéciale au moins implicite : elle impose au
« notaire un devoir général à raison de sa charge. »

(1) Note dans Dalloz, 1901. 2. 201.

Théorie de la gestion d'affaires. — Il nous reste, après avoir examiné successivement les hypothèses du mandat et du mandat tacite, à étudier celle de la gestion d'affaires : ne pourrait-on pas dire en effet que, si le notaire n'agit pas en mandataire, il agit cependant comme gérant d'affaires? Cette explication admise formellement par nombre d'arrêts, nous semble tout à fait invraisemblable, et contraire aux principes du droit civil.

En quoi en effet, la gestion d'affaires diffère-t-elle du mandat? Uniquement en ce qu'elle intervient entre personnes qui n'ont échangé entre elles aucun accord de volontés.

Or, de deux choses l'une ; ou bien le notaire a agi spontanément, ou bien il a agi à la requête de son client.

Si le notaire a agi spontanément, il nous paraît impossible pour plusieurs raisons, de dire du notaire qu'il est gérant d'affaires : tout d'abord en pareille hypothèse, l'intention du notaire, nous semble-t-il, est plutôt de donner un conseil, un simple avis : il a appris qu'une opération hypothécaire est susceptible de se réaliser, il en avertit son client, agissant en cela dans son intérêt propre et en vue de devenir rédacteur de l'acte au moins autant que dans l'intérêt personnel dudit client qui fera l'affaire. Or un donneur de conseils n'entend pas s'engager lui-même, c'est ce qu'implique le dicton populaire. « Les conseillers ne sont pas les payeurs, » et cela est surtout vrai quand le conseiller est intéressé à la négociation.

Admettons cependant que le notaire ait voulu faire autre chose que donner un simple conseil : il reste encore vrai que ce n'est pas une gestion d'affaires qu'il a entreprise ; car alors le client serait obligé de prendre l'opération pour son compte dans la mesure où elle lui est utile. Cela tient à ce que la gestion d'affaires touche de très près au mandat, et suppose qu'un acte a été accompli par le gérant pour le compte du maître, que cet acte est définitif, irrévocable ; le gérant est obligé de le maintenir au profit du maître, le maître est obligé de l'endosser dans la mesure de son utilité.

Or, dans notre cas, il est bien certain que le client reste toujours libre de signer ou non le prêt : le notaire, en effet, en présentant un emprunteur, n'a accompli aucun acte juridique définitif : il n'a pris aucun engagement dans l'intérêt du client, il n'a fait naître aucun droit, ni au profit du client, ni contre lui : en réalité et pour tout dire il n'a rien géré, il ne peut devoir aucun compte de de gestion, juridiquement il n'a rien fait.

Nous irons même plus loin en disant qu'à notre sens, il n'a accompli aucune offre, aucune sollicitation, car il n'est pas plus le représentant de l'emprunteur que celui du prêteur, il n'est pas chargé de traiter définitivement pour lui et en son nom : l'offre véritable viendra du prêteur qui doit signer à l'acte, et non du notaire. Celui-ci se contente donc d'indiquer au prêteur qu'un emprunteur déterminé est en mesure de répondre aux offres qu'on pourrait lui faire ; il s'informe de savoir si ces

offres de prêt ont des chances d'être accueillies et il avertit les intéressés. — Or un informateur n'a jamais été un gérant d'affaires, juridiquement parlant, et par suite on doit repousser tous les arrêts, et ils sont nombreux, qui parlent en ce cas de gestion d'affaires.

Est ce à dire que le notaire qui propose spontanément un placement à sa clientèle, sorte de son rôle ? nullement. Ce rôle, qui est de conseiller, de diriger, d'éclairer les parties, limite ses obligations en les précisant. Le notaire n'est tenu que de ses conseils jugés coupables, fautifs, et non de tous ceux qui causent un préjudice. On est ainsi amené, au lieu de se contenter d'affirmer que la gestion d'affaires a causé un préjudice à l'emprunteur, et que le gérant en doit par là même réparation, à démontrer que le notaire a commis une faute, que ce soit par négligence, imprudence ou légèreté (1), et il faudra relever soigneusement les éléments constitutifs de cette faute. Quant au fait que le notaire est intervenu spontanément, il semble étrange que plusieurs arrêts aient cru devoir lui en faire grief (2), puisque aussi bien, rien n'est plus naturel pour lui que cette intervention : elle est pleinement dans son rôle, dans ses attributions. C'est le but même de la fonction notariale que de fournir aux parties des hommes expressément chargés de défendre leurs intérêts, de les guider, de les conseiller,

(1) Toulouse, 8 janvier 1909 (*La Loi*, 8 mai 1909).

(2) Châteauroux, 18 mars 1903 (*Le Droit*, 24 octobre 1903). *Contra* : Lyon, 13 juin 1903 (*Mon jud.*, Lyon, 13 octobre 1903).

de prendre l'initiative de cette direction, de ces conseils.

Non, pour cela, que les notaires soient infaillibles par essence, que leur expérience les mette à l'abri de toute erreur : vouloir exiger d'eux de telles conditions, ne ferait que les décourager de jamais donner un conseil, et les confiner dans une abstention stérile fort regrettable pour les parties elles-mêmes. Mais pour que le donneur de conseil soit responsable, il ne suffit pas seulement que son conseil ait été mauvais, il faut de plus qu'il ait su que ce conseil était mauvais, et qu'il ait passé outre. Les notaires, par profession, ne peuvent pas tout savoir : que leur conduite soit pleine de prudence, rien de plus naturel ; mais si on attend d'eux des conseils éclairés, il ne faut pas leur imposer d'en donner d'infaillibles. L'article 1374 déclare même *in fine* : « Néanmoins les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire, peuvent autoriser le juge à modérer les dommages-intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ». Et cependant le rôle du notaire est moins périlleux que celui du gérant d'affaires, puisqu'il se contente en pareille matière de rapprocher les parties, de leur indiquer les affaires, puisqu'il ne contracte pas pour elles.

Prenons alors le cas où le notaire a agi à la requête de son client : il faut alors supposer qu'on se trouve en présence de conventions formelles, affirmant les intentions de part et d'autre : mais dans ce cas, nous sommes en face d'un contrat, et non plus du quasi-contrat de ges

tion d'affaires, puisque ce dernier suppose que les parties n'ont échangé aucun consentement.

En notre matière donc, la gestion d'affaires est une anomalie très singulière : on ne peut en imaginer d'exemple, puisque les parties ne sont engagées que par la signature définitive du prêt ; s'il y avait gestion d'affaires relativement au prêt, cela supposerait celui-ci réalisé définitivement, et entraînerait pour celui qui en a profité, l'obligation de rembourser jusqu'à concurrence de l'utilité reçue : or, avec les formalités de rédaction que l'on rencontre dans les actes notariés d'hypothèque conventionnelle, on ne saurait concevoir pareille hypothèse d'un prêt réalisé et employé hors de la présence de l'emprunteur et sans sa signature : le notaire ne conclut pas, ne veut pas l'acte, c'est son client seul qui le consent, qui le réalise, qui le transforme par sa volonté en un acte juridique.

Mais alors, dans le cas où l'on considère le notaire comme ayant pris vis-à-vis de son client un engagement ferme, quelle est la nature juridique de l'acte intervenu entre eux ? Puisque nous écartons l'idée de mandat et celle de gestion d'affaires, nous sommes amenés à envisager l'idée de louage, ou plutôt d'une convention *sui generis* rentrant dans le cadre du louage et en suivant les règles générales.

Le notaire en effet a promis ses services, d'une façon ferme ; il a même entendu en tirer une rémunération. C'est ici d'ailleurs que nous rencontrons la plus grande différence entre les services rendus par un notaire et

ceux qui font habituellement l'objet du louage : le terme de « *salaire* » ne saurait convenir à la rémunération due aux notaires pour les services qu'ils rendent : Le mot d'*honoraires* est le plus souvent employé à leur égard. Est-ce là le résultat d'une différence théorique entre le contrat de louage proprement dit et la promesse de services faite par un notaire ?

Pour mieux comprendre la question, faisons appel à l'histoire :

À Rome, les contrats étaient nommés, ils possédaient un certain nombre de caractères bien déterminés qui donnaient à chacun une physionomie propre ; ceux-là seuls qui présentaient tous ces caractères étaient reconnus comme obligatoires. Or le louage d'ouvrage ne fut pas conçu à l'origine comme pouvant s'appliquer à certains services d'un ordre plus relevé ; ceux-ci semblaient plutôt relever du mandat, qui n'était pas, comme chez nous, spécialisé dans la conclusion d'actes juridiques pour le compte d'autrui. Mais le mandat était gratuit, on ne pouvait donc réclamer la rémunération de ces services, ni en vertu du louage, ni en vertu du mandat : c'est alors que, considérant l'opération plutôt comme un mandat, les empereurs décidèrent qu'il pourrait être statué sur ces questions « *extra ordinem* » d'où le nom d'*honoraires*, qui étaient fixés arbitrairement par le magistrat (1).

Si maintenant nous revenons au droit moderne, et

(1) Maynz, t. II, note 5.

regardons ce qui concerne les notaires, nous rencontrons l'article 3 du décret du 25 août 1898 :

« Art. 3. — Les dispositions du présent tarif ne sont
« point exclusives des émoluments qui peuvent être
« réclamés par les notaires, soit pour des travaux autres
« que la rédaction des actes, soit pour des missions
« dont ils seraient chargés à titre exceptionnel, et qui
« n'auraient rien d'incompatible avec la nature et la
« dignité de leur ministère.

« Ces émoluments sont réglés à l'amiable sous le con-
« trôle de la Chambre de discipline. »

Le mot *émoluments* vise ici les rémunérations quelconques qui peuvent être dues au notaire, soit pour travaux (louage de services), soit pour missions (mandat). La généralité de cet article 3 s'explique chez nous par cette idée que toutes les conventions licites sont obligatoires pour ceux qui les ont contractées ; les parties peuvent les revêtir du caractère qui leur convient, et leur faire produire les résultats juridiques qu'il leur plaît, pourvu qu'elles ne contreviennent ni à l'ordre public, ni aux prohibitions limitativement établies : il importe moins de connaître la dénomination de la Convention elle-même que de rechercher quels effets l'intention des parties s'est efforcée de lui faire produire.

Or dans le cas qui nous occupe, il semble bien que ces effets soient intermédiaires entre ceux que produisent les conventions connues sous les noms de mandat et de louage, et c'est ce qu'implique le mot *émolument* ou

honoraire employé pour résigner la rémunération du notaire, mot à retenir, parce qu'il est significatif des intentions : personne ne songe, en confiant à un notaire le soin de rechercher un bailleur de fonds ou un emprunteur, à lui offrir un travail purement matériel rémunéré par un salaire ; ce qu'on paye, c'est son intelligence, ses relations, sa position sociale qui le mettent en état de rendre un tel service. Mais d'un autre côté, on ne le charge pas d'accomplir un acte juridique au nom d'autrui, service purement gratuit et ne l'autorisant à rentrer que dans ses débours. Le mandataire, il est vrai, est pris pour son dévouement, ses connaissances, il rend un service d'ordre intellectuel, puisqu'il doit passer un acte juridique qui a sa base dans un accord de volontés ; et en cela le rôle du notaire se rapproche de celui du mandataire : mais ce rôle est également voisin du louage, parce que le service rendu, s'il est la coopération à un acte juridique, n'est pas la conclusion même de cet acte juridique, il est simplement une aide fournie, la prestation d'un service d'ordre matériel, non juridique ; et, si l'on objecte à cela que le notaire sera ensuite appelé à prêter une aide d'un autre genre lors de la conclusion du contrat, nous répondrons à cela, qu'alors il agira, non comme négociateur, mais comme rédacteur du prêt.

Nous venons de montrer que cette convention, née entre un notaire et son client qui le charge d'une mission, d'une façon ferme et absolue, est une convention

innommée, *sui generis* : reste à savoir dans quels cas elle peut naître, si elle est d'un usage courant en pratique, ou un simple sujet de discussion théorique.

Or si l'on veut bien étudier cette question de près, on se convaincra facilement que, dans la presque totalité des cas, on ne pourra prouver l'existence d'un contrat de ce genre entre le notaire et son client, tout simplement parce qu'il n'existe pas. Et en effet il n'est pas douteux que jamais ou presque, dans la pratique, le notaire ne contracte d'engagement par écrit. En réalité, que se passe-t-il ?

Le client vient trouver son notaire, ou bien, se trouvant chez lui à l'occasion d'une réception de fonds, il a, dans un cas comme dans l'autre, manifesté le désir d'employer une somme d'argent dans un prêt hypothécaire. Mais le client ne connaît pas les emprunteurs, ceux-ci ne proclament pas leur situation, ils la cachent, d'un autre côté le prêteur lui-même n'a pas toujours le désir de faire savoir autour de lui qu'il a de l'argent disponible. Le notaire n'est-il pas l'homme le mieux placé pour recevoir de part et d'autre des confidences ? aussi s'adresse-t-on tout naturellement à lui. Le notaire, de son côté, a promis de s'occuper de l'affaire, allons plus loin, c'est lui-même qui propose au propriétaire des deniers un placement hypothécaire, c'est lui qui le lance dans cette voie : son client est illettré, ne connaît rien aux affaires, il a une foi aveugle en son notaire. Eh bien ! si favorable que soit pour l'opinion que nous combattons l'hypothèse

qu'on puisse faire, dans aucun de ces cas, en l'absence d'un engagement formel et précis, le notaire, avant toute démarche de sa part, n'est à proprement parler le débiteur de son client. S'il y avait entre eux deux un contrat, à coup sûr il ne saurait être gratuit, or le notaire ne touchera que ses frais d'acte, qu'il eût touchés même sans démarches d'aucune sorte, car on ne saurait ici en effet parler de mission *exceptionnelle* donnant droit à des émoluments. Ce défaut de rémunération spéciale est habituel, et c'est selon nous la preuve formelle qu'il n'intervient presque jamais de contrat (1).

Parce que le notaire n'est pas rétribué de ses démarches, les tribunaux se souvenant que le mandat est gratuit, ont déclaré que dans l'espèce il y avait mandat, mais nous l'avons vu il ne saurait être question de mandat pour cette raison bien simple que le notaire n'a jamais, en matière de prêt hypothécaire, représenté son client dans l'acte juridique, qui doit être signé et passé, non par l'officier ministériel, mais en sa présence et par les parties.

Théorie du devoir professionnel. — La vérité plus simple selon nous, c'est qu'il n'existe presque jamais aucun engagement, de quelque nature que ce soit, avant la signature du prêt, tant que le notaire n'a pas formellement, expressément contracté une obligation précise et déterminée envers son client, il y a une situation de fait,

(1) Lyon, 28 février 1908 (*Mon.*, Lyon, 7 avril 1908).

plus ou moins périlleuse pour lui, lui imposant son attitude suivant les circonstances, susceptible de faire varier l'opinion qu'on peut avoir de sa conduite, qu'il faut apprécier suivant les cas ; mais cette conduite reste libre de tout lien conventionnel, ne relevant que de l'appréciation des fautes que chacun de nous peut commettre dans l'exercice de son indépendance, de sa pleine liberté.

Du reste, il est aisé de comprendre les raisons pour lesquelles, en fait, les notaires ne peuvent guère contracter d'engagement touchant la manière dont ils auront à effectuer leurs fonctions.

Un prêteur se présente, il cherche un prêt à faire. Ce prêt, le jour où il sera effectué, relèvera du monopole du notaire, qui interviendra comme officier ministériel dans l'exercice de ses fonctions ; il lui est impossible, l'article 3 de la loi de ventôse le déclare formellement, de refuser son ministère. Dès lors, il est invinciblement amené à considérer les démarches antérieures au prêt comme se rattachant à celui-ci, et du moment que, pour la conclusion du prêt lui-même, il n'existe pas entre le client et l'officier ministériel un contrat régulier, il semble en découler que ce contrat ne se formera pas non plus pour les formalités préliminaires. Sinon, il faudrait supposer dans les études deux catégories de clients, ceux qui contractent avec l'étude, et ceux qui ont simplement recours à l'intervention légale de l'officier ministériel. Mais alors il éclate aux yeux que l'une de ces deux caté-

gories serait plus recherchée que l'autre, et qu'il n'y aurait plus d'égalité entre les clients, car, ou bien la mission de rechercher les prêts hypothécaires sera avantageusement rémunérée, et alors on ne trouvera à prêter son argent avec facilité que si l'on accepte de se soumettre à cette rémunération sans laquelle la bonne volonté du notaire fera défaut, ou bien les notaires considéreront qu'ils ne trouvent pas d'avantage à ces engagements, et ils n'en souscriront à personne.

Et puisque, comme cela a lieu le plus souvent, les démarches préliminaires au prêt ne sont pas rémunérées, comment admettre que le notaire souscrive à un engagement qui l'exposerait sans profit?

On est ainsi conduit à dire, ce qui paraît être la logique, ou bien que le notaire contracte des engagements envers tous les prêteurs, ou bien qu'il n'en contracte avec aucun : l'idée de la jurisprudence que, tantôt il y a mandat, et que tantôt ce mandat fait défaut, nous paraît contraire à la réalité juridique ; elle conduit à des solutions justes, mais sous une justification juridique qui est fausse. Nous préférons dire, quant à nous, que les circonstances variées dans lesquelles se présente le prêt, influent sur l'idée de faute, en dehors de toute conception contractuelle.

Nous ne croyons pas qu'il soit sage, ni équitable de permettre aux notaires de faire varier à leur gré par des conventions, leur situation vis-à-vis de leur clientèle. Sans doute, les parties peuvent leur confier leurs inté-

rêts dans une mesure plus ou moins large, les charger d'un plus ou moins grand nombre d'opérations à faire ; mais pour chacune des missions qu'ils reçoivent, c'est le *caractère professionnel* qui l'emporte. Sinon, les notaires auraient vite quitté leur rôle, pour y substituer une foule d'à côtés qui les pousseraient peu à peu à jouer le rôle dangereux d'agents d'affaires.

Tel est bien le sens de l'ordonnance de 1843 et des règles disciplinaires qui tendent à interdire au notaire tout ce qui dépasse sa profession : dès lors, si une obligation professionnelle lui incombe, qu'est-il besoin de la renforcer par une stipulation formelle ? Celle ci ne peut être qu'inutile, ou prohibée.

La notion des devoirs professionnels est d'ailleurs infiniment simple : dire que, de la part des illettrés, le notaire reçoit un mandat tacite qui ajoute à ses obligations légales des obligations conventionnelles, ou dire que ses devoirs professionnels sont plus larges, plus impérieux en face de gens inexpérimentés en affaires, cela conduit au même résultat ; mais la seconde explication nous paraît à la fois plus vraie juridiquement, plus simple, et plus conforme à la conception élevée que nous avons du rôle du notaire dans la société.

En résumé donc, et pour conclure, dans la recherche de la clientèle, dans le fait que le notaire s'est chargé du prêt, qu'il l'a conseillé, qu'il l'a guidé, qu'il en a été l'âme, nous nous refusons à voir, à moins d'un engagement formel et démontré que nous considérons comme contraire

aux règles de la profession, un contrat véritable passé entre le notaire et son client, nous y trouvons simplement une situation de fait de nature à faire varier la notion de faute, si nuancée, si imprécise, si changeante avec les circonstances.

N. B. — Quelques décisions plus récentes semblent entrer dans la voie que nous venons d'indiquer, à signaler notamment le considérant suivant : « Attendu que le
« notaire intermédiaire des parties dans un prêt ne
« devient pas par cela seul, ni leur mandataire, ni leur
« gérant d'affaires, son rôle étant uniquement de mettre
« en rapport le prêteur et l'emprunteur (1). »

C) Recherche des garanties.

Il nous faut maintenant déterminer avec précision et suivant les circonstances de fait, les obligations auxquelles peuvent donner lieu, pour un notaire, la recherche des co-contractants ; quelle est l'étendue de ses devoirs professionnels, concernant :

- 1° La personne du prêteur ;
- 2° Celle de l'emprunteur ;
- 3° Les garanties hypothécaires fournies.

1° *Le prêteur.*

En dehors des questions de capacité, la personnalité

(1) *Req.*, 27 juin 1899 (D. 1900. t. 194). *Adde* Rouen, 29 décembre 1896 (*Journal des notaires*, 1897, p. 502).

du prêteur est assez indifférente pour le notaire, car elle ne saurait que bien rarement engager sa responsabilité. On pourrait cependant supposer que le notaire a présenté comme prêteur un homme qui n'a certainement pas les fonds promis, un agent véreux de prêts hypothécaires ; au dernier moment cet agent n'a pu se procurer la somme à prêter, l'emprunteur peut en éprouver un préjudice, s'il a un besoin de fonds urgent. Or le notaire qui promet de s'enquérir d'un prêteur, doit évidemment en présenter un en mesure de rendre le service qu'on lui demande, et par suite il commet une faute en allant chercher un soi-disant bailleur de fonds dont il savait, ou dont il lui était facile de savoir, qu'il ne pouvait prêter l'argent demandé.

2° *L'emprunteur.*

Dans la recherche de l'emprunteur au contraire, il semble que le notaire assume de lourdes obligations. La personne de l'emprunteur, dans le prêt, joue un rôle beaucoup plus important que celle du prêteur, car sa solvabilité est une des raisons essentielles qui décident de la conclusion de l'acte.

Or, le notaire, en proposant un emprunteur, garantit-il sa solvabilité (1) ?

Il semble que cela lui soit tout à fait impossible. L'article 12, 6°, de l'ordonnance du 4 janvier 1843, interdit

(1) Cass., 6 avril 1891 ; Cass., 15 décembre 1841.

aux notaires « de se constituer garants ou cautions, à
« quelque titre que ce soit, des prêts qui auraient été
« faits par leur intermédiaire, ou qu'ils auraient été
« chargés de constater par acte public ou privé ». Com-
ment dès lors pourrait-il garantir la solvabilité de l'em-
prunteur ? Comment pourrait-il en le présentant, s'en
porter directement ou indirectement garant ?

Evidemment, il est indiscutable, selon nous, que le cautionnement contracté par un notaire, ne serait pas forcément nul : s'il lui est défendu de le faire, c'est en raison des conséquences que la validité du cautionnement entraînerait. De même il est défendu aux notaires de faire le commerce : s'ils l'ont fait, leurs actes sont valables, et ils relèvent des juridictions commerciales : la sanction de ces défenses, est purement disciplinaire.

Mais de cette défense résulte cependant que, si le cautionnement expressément stipulé par un notaire est valable en droit, en fait il doit être un acte rare, puisqu'il est prohibé par les règlements, et qu'on ne peut penser que la violation des règlements soit autre chose qu'une exception.

A plus forte raison, quand le notaire n'a pas formellement, délibérément et clairement déclaré qu'il se portait caution, il semble impossible, alors que plusieurs interprétations de sa volonté sont permises, de choisir celle qui serait justement prohibée par la loi, comme devant être préférée aux autres : comment dès lors ne pas criti-

quer un arrêt de la Chambre des Requêtes de 1866 (1), qui décide que le notaire doit prendre des renseignements sur la position de l'emprunteur, et qui le déclare responsable de ce chef, et surtout un arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 1896 (2), qui contient la phrase suivante :

« Attendu que, par appréciation souveraine des circonstances de la cause et des habitudes existant alors dans le notariat de la région, l'arrêt attaqué a déclaré que dans le placement hypothécaire du 22 mars 1879, le notaire Leplant avait agi en qualité de mandataire de Charles Desbureaux, et qu'il avait, en outre, *entendu prendre à son compte, comme garant, tous les risques de ce placement*. Attendu, qu'en l'état de cet engagement spécial, pris accessoirement par Leplant, la Cour n'avait pas besoin, pour fixer la responsabilité, de rechercher si ce notaire avait commis une faute quelconque dans l'exercice de son mandat, sa responsabilité dérivant naturellement de la garantie qu'il avait promise. »

On ne peut guère admettre en effet, que les habitudes existant dans une région puissent être contraires à l'ordonnance de 1843, qu'un usage puisse contrevenir ainsi à un texte formel, que tous les notaires d'une contrée puissent se mettre journallement sous le coup d'un texte

(1) *Req.*, 11 juillet 1866 (*Journal du Palais*, 66, p. 878).

(2) D. 97. 1. 195.

disciplinaire, qu'une décision de justice puisse consacrer une pareille situation.

Nous croyons donc que, par le fait qu'il présente un emprunteur, un notaire ne saurait devenir garant de sa solvabilité (1) : il faudrait qu'il l'eût dit formellement, et, parce qu'il lui est défendu de le dire formellement par les règles mêmes de sa profession, un pareil engagement ne se présume pas. Et il a été décidé récemment en ce sens, que l'engagement en garantie d'un placement, qu'un client prétendait contracté à son endroit par son notaire, à la fois son conseil et son gérant d'affaires, ledit engagement se trouvant en dehors des usages courants, et prohibé d'ailleurs par les règles notariales, ne saurait être admis par un tribunal que s'il est sérieusement établi (2).

En fait il serait imprudent de la part d'un notaire de présenter à son client un emprunteur dont la situation mauvaise serait de notoriété publique : ce fait pourrait constituer une faute aux termes de l'article 1382 du Code civil, car, sous prétexte qu'il n'a pas à garantir la solvabilité de ceux qu'il propose, le notaire ne saurait se prétendre le droit de présenter n'importe qui ; il doit s'assurer le concours d'un emprunteur dont la situation semble normale, et contre lequel n'existent pas *à priori* de raisons d'exclusion manifestes : son devoir ne saurait aller plus loin.

(1) Seine, 21 février 1905 (*Pand. franc.*, 1906. 2. 3).

(2) Toulouse, 8 janvier 1909 (*La Loi*, 8 mai 1909).

En réalité, en dehors de la personne même du débiteur et de sa solvabilité, interviennent dans les prêts hypothécaires des considérations infiniment plus puissantes. Comme nous le verrons tout à l'heure, la situation pécuniaire de l'emprunteur s'efface presque en totalité devant les garanties hypothécaires qu'il présente : et du moment que celles qu'il offre sont suffisantes, il importe peu pour les créanciers sur hypothèque, que les créanciers chirographaires soient ou non payés en monnaie de dividende.

Malgré tout cependant, il faut maintenir en principe que la solvabilité personnelle du débiteur doit les intéresser, puisque après tout, à côté de leur qualité de créanciers hypothécaires, ils en ont une autre, celle de créanciers chirographaires : or, il n'est pas impossible qu'ils se trouvent dans la nécessité de l'invoquer un jour, soit que les hypothèques viennent à périr par défaut de renouvellement, soit qu'un événement survienne qui empêche de les inscrire, soit qu'enfin, l'immeuble diminuant de valeur, les hypothèques prises deviennent insuffisantes, qu'un tiers détenteur offre, à fin de purge, un prix d'acquisition volontaire insuffisant, mais sur lequel il peut être légitime d'hésiter à faire une surenchère du dixième.

Pour toutes ces raisons, on conçoit l'utilité de préciser le rôle du notaire concernant la solvabilité de l'emprunteur, avant de passer à son rôle dans la recherche des garanties hypothécaires.

3° *Garanties hypothécaires.*

C'est en réalité dans ce dernier rôle que l'importance du notaire est vraiment considérable en matière hypothécaire, c'est ici que se rencontrent les arrêts les plus nombreux et qu'il est le plus difficile de donner de la jurisprudence un aperçu d'ensemble.

Mais déjà cette étude nous place en face d'une situation plus avancée : le premier pas a été fait, emprunteur et prêteur se connaissent, ils sont en principe décidés à réaliser le prêt sur des bases déterminées : alors se pose la question des garanties, ainsi intermédiaire dans l'ordre chronologique entre les opérations de mise en rapport des parties, et la rédaction même de l'acte ; elle présente ce caractère, de se trouver davantage dans le rôle professionnel du notaire, de cadrer mieux encore avec la nature des fonctions qui lui sont dévolues par la loi.

Dans tous les prêts hypothécaires en effet, le notaire n'est pas amené à rapprocher les parties, à négocier les conditions du prêt en leur nom, mais il sera toujours appelé à faire figurer dans son acte les garanties hypothécaires, en sorte que, sauf dispense formelle, l'examen de ces garanties fera toujours partie de son rôle de notaire.

Examinons donc successivement les diverses hypothèses dans lesquelles s'opère l'examen des garanties hypothécaires : nous pouvons les ramener à quatre principales :

a) Le notaire est en face de gens compétents en affaires ;

b) Le notaire est en face de gens ignorants ou illettrés ;

- c) Le notaire est en face de gens d'instruction moyenne.

d) Le notaire a fait une stipulation formelle destinée à engager ou à dégager sa responsabilité de ce chef.

Or, suivant que nous sommes en présence de l'une ou l'autre de ces hypothèses, la jurisprudence considère le notaire comme plus ou moins tenu vis-à-vis de ses clients, et les tribunaux s'efforcent, ici comme plus haut, de dégager l'idée d'un lien de droit entre eux : ils invoquent encore le mandat ou la gestion d'affaires, intervenant en certains cas, pour en faire découler des obligations plus ou moins étroites à la charge du notaire. Mais les raisons qui nous ont fait écarter l'idée d'un lien contractuel ou quasi-contractuel dans la recherche de la clientèle, nous paraissent également probantes quand on les applique à la recherche des garanties hypothécaires.

Tout d'abord, il est facile de constater qu'en fait, les engagements formels n'existent pas plus dans ce cas que dans le précédent : c'est pourquoi les décisions de justice parlent de mandat, parce qu'il peut être tacite, ou de gestion d'affaires parce qu'elle ne suppose pas un accord de volontés préalable.

Il serait plus juste de nier l'existence d'un engagement

quelconque, parce que, nous le verrons, on est obligé de donner des entorses à la loi quand il s'agit de prouver l'existence de ces soi-disant engagements, et de violer toutes les règles admises en matière de preuve.

D'ailleurs il nous paraît que l'idée même de ces engagements est tout à fait contraire au bon sens : en effet, ce devrait être les gens expérimentés en affaires qui, comprenant toute l'utilité, toute la portée de semblables liens, les exigent de leur notaire ; de même il semblerait naturel que ce soit dans les prêts importants que ces stipulations entre le notaire et son client doivent avoir lieu, pour cette raison toute simple que, dans les affaires d'une certaine valeur, on ne craint pas de remplir plus de formalités afin de se procurer plus de garanties. En revanche on conçoit très bien que les gens illettrés, ignorant l'avantage et jusqu'à l'existence de ces conventions, n'aient pas l'idée d'en demander la réalisation.

Or, que dit la jurisprudence ? Elle déclare que le notaire, par cela seul qu'il se trouve en présence de personnes peu instruites ou confiantes en lui, contracte à leur égard les engagements d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires, alors que son rôle se réduit considérablement en face de gens expérimentés. Cette solution, excellente en elle-même, est inadmissible quand on prétend la justifier par la soi-disant existence d'un mandat ou d'une gestion d'affaires : il est tout à fait invraisemblable de croire que le notaire ira de lui-même prendre des engagements envers ceux qui sont hors d'état de les lui de-

mander, alors qu'il les refuserait de ceux pouvant les exiger de lui ; mandat ou gestion d'affaires supposent tous deux une manifestation de la volonté du notaire qui accepte le mandat ou qui se porte résolument gérant des affaires d'autrui. Or, on ne peut admettre que le notaire, de gaieté de cœur, ira prendre un rôle aggravant sa responsabilité dans les cas où justement on ne lui demande rien. Que le client, en s'en rapportant au notaire, ait entendu en faire un mandataire, nous voulons bien y souscrire, mais que le notaire ait accepté de jouer ce rôle en face du silence de son client, voilà ce qu'il est difficile d'accepter : car il ne nous faut pas perdre de vue que pour pouvoir créer un mandat, il faut l'accord de deux volontés.

L'idée juste, c'est celle qui consiste à dire que le notaire contracte de plus grands devoirs envers ceux qui ont en lui une foi absolue, et qui sont peu versés dans la difficile matière des hypothèques : mais il ne faut pas la baser sur une notion de contrat, car alors nous objecterions de suite que nul n'est censé prendre volontairement d'engagements contre lui-même.

Ainsi donc, en dehors des raisons spéciales qui nous ont fait écarter l'idée de mandat et celle de gestion d'affaires, raisons que nous avons exposées plus haut (1), et qui tiennent à la nature particulière de ces actes juridiques, il y a des motifs très puissants de croire que le

(1) Voir *supra*, p. 25 et suiv.

notaire n'a raisonnablement pas voulu prendre dans la recherche des garanties hypothécaires, un rôle particulièrement difficile et dangereux, ni se lier par sa propre volonté dans les cas où précisément personne ne lui imposerait de le faire.

Mais la distinction faite par la jurisprudence des diverses situations dans lesquelles peut se trouver un notaire recherchant des garanties hypothécaires, trouve sa justification dans l'admission d'une autre source d'obligations :

Elle tient à ce que le devoir du notaire et son rôle professionnel varient avec le degré d'instruction de ceux qui s'adressent à lui ; ces devoirs, ce rôle professionnel, le notaire n'est pas le maître de les accepter ou de les répudier, ils s'imposent à lui comme une conséquence forcée de sa fonction : en déplaçant, suivant les cas, la ligne de conduite qu'il doit tenir, ils permettent de considérer comme une faute de sa part en de certaines hypothèses, ce qui serait dans d'autres circonstances un acte vraiment licite. La faute est une notion au moins en partie subjective, car quels que soient les efforts qu'on tente pour l'objectiver, dût-on même arriver à cette formule générale : « quiconque est l'auteur matériel de l'acte dommageable en doit réparation » (1), il restera toujours vrai que le notaire est bien plus la cause du préjudice quand on a eu confiance en lui en raison de

(1) Tisserre, *Thèse*.

sa capacité, que lorsqu'au contraire on était en état de discuter avec lui et d'apprécier par soi-même l'efficacité du prêt; dans le premier cas, c'est lui qui est l'auteur du prêt, ce prêt est son œuvre, voilà pourquoi il doit en réparer les conséquences dommageables, voilà pourquoi aussi les tribunaux recherchent toujours dans quelle mesure le notaire est l'agent du prêt, dans quelle mesure il l'a conseillé, guidé, négocié.

Si l'on part du point de vue d'un rôle contractuel et d'une responsabilité contractuelle, on est de suite frappé de rencontrer des arrêts dans les sens les plus divers, indices de la confusion extrême de la jurisprudence; il semblerait pourtant qu'avec les deux idées très simples du notaire mandataire ou gérant d'une part, et du notaire sans le moindre engagement d'autre part, on puisse classer tous les arrêts en deux catégories très simples.

Il n'en est rien cependant, et cela tient, selon nous, à ce que tous les cas de responsabilité sont, sans que la jurisprudence veuille l'avouer, des cas de responsabilité quasi délictuelle, c'est-à-dire de pures questions de fait : dans chacun de ces cas, il convient d'établir quel était le rôle du notaire, et ce rôle peut varier à l'infini : c'est ce que nous allons chercher à faire voir.

Et d'abord, comment concevoir le rôle du notaire? On pourrait le considérer comme un simple rédacteur d'actes, chargé de conférer à ceux-ci l'authenticité et la force exécutoire, comme un intermédiaire chargé d'enregistrer la volonté des autres.

Ou bien au contraire l'on pourrait voir en lui une sorte d'agent de justice, chargé d'apprécier la légalité des actes, de leur conférer une validité incontestable, en acceptant les bons et en écartant les mauvais, quelque chose comme un arbitre constituant une sorte de degré de juridiction, indépendant par conséquent de sa clientèle, et occupant un degré dans les fonctions administratives.

Or, si les notaires ne sont pas des intermédiaires libres, échappant à tout contrôle, et destinés à rédiger les volontés quelconques des parties, ils ne sont d'autre part ni des fonctionnaires, ni des juges : et bien que cette dernière conception du rôle des notaires puisse rallier à l'heure actuelle des partisans résolus, elle est cependant nettement contraire à nos idées d'indépendance, car elle constituerait une main-mise par l'Etat sur nos moindres actes, un contrôle incessant sur celles mêmes de nos conventions privées qui, ne devant jamais soulever de difficultés, auraient le droit d'échapper à la connaissance de la justice ; elle sanctionnerait en quelque sorte une nouvelle défaite de l'individu dans sa lutte contre la Société.

Le notaire, chez nous, est un officier ministériel, c'est-à-dire un agent réunissant à la fois un caractère public et un caractère privé, conception essentiellement française, sorte de transaction consacrée par l'histoire entre les prétentions rivales de l'Etat et de l'individu.

Précisons en quelques mots :

Nous avons vu que les notaires étaient sortis peu à peu de leur rôle de simples scribes pour remplir au Bas-Empire et au moyen âge, un rôle administratif, où ils agissaient comme de véritables auxiliaires de la justice(1). Plus tard la vénalité des offices leur fit acquérir une nouvelle indépendance qui leur rendit une partie du rôle libre qu'ils avaient perdu : le notaire, titulaire de sa charge, se crée une clientèle personnelle qui fait la valeur de son office. Cette situation, consacrée par la loi de ventôse an XI, traduite par le qualificatif d'« officiers ministériels » appliqué aux notaires, se révèle par la décomposition de la charge en deux parties : l'office proprement dit, qui conserve son caractère de fonction publique, non dans le commerce, et la finance, qui, comme toute profession libre, a une valeur, déterminée par les revenus et l'achalandage.

De cette situation toute particulière résulte le rôle du notaire dans notre société : il n'est pas un simple courtier, libre de traiter comme il lui plaît ses rapports avec ses clients, de passer avec eux toutes sortes de conventions. L'ordonnance de 1843 lui impose l'observation de règles professionnelles assez étroites : l'article 12 de cette ordonnance édicte en effet toute une série de défenses, qui éclairent le rôle très particulier du notaire, objet d'une réglementation légale, et enserré dans des barrières rigoureuses :

(1) Bataillard, *Du droit de propriété des offices ministériels*, p. 52.

« Article 12. — Il est interdit aux notaires, soit par
 « eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit direc-
 « tement, soit indirectement : 1° de se livrer à aucune
 « spéculation de bourse ou opération de commerce,
 « banque, escompte et courtage ; 2° de s'immiscer dans
 « l'administration d'aucune société, entreprise ou com-
 « pagnie de finance, de commerce ou d'industrie ; 3° de
 « faire des spéculations relatives à l'acquisition et à la
 « revente des immeubles, à la cession de créances, droits
 « successifs, actions industrielles et autres droits corpo-
 « rels ; 4° de s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle
 « ils prêtent leur ministère ; 5° de placer en leur nom
 « personnel des fonds qu'ils auraient reçus, même à la
 « condition d'en servir l'intérêt ; 6° de se servir de
 « prête-noms en aucune circonstance, même pour des
 « actes autres que ceux désignés ci-dessus. » — Prohibi-
 tions renforcées d'ailleurs par le décret du 30 janvier
 1890.

L'article premier de la loi du 25 ventôse an XI déclare
 d'un autre côté : « Article 1^{er}. Les notaires sont les
 « fonctionnaires publics... »

Le notaire n'est donc pas un intermédiaire libre, il
 exerce une fonction prévue et réglementée par la loi ;
 mais cependant il ne faudrait pas entendre les mots :
 « *fonctionnaires publics* », de la loi de ventôse, dans un
 sens trop strict. Les notaires ne détiennent en effet
 aucune parcelle de la puissance publique, et ils mérite-
 raient plus justement le titre de : *officiers publics* : c'est à

ce titre notamment qu'ils sont tenus du secret professionnel et qu'ils ne peuvent refuser leur ministère à qui le demande.

Nous sommes ainsi ramenés à cette idée d'un rôle complexe tenant le milieu entre la profession libre et la fonction publique, et empruntant à l'une et à l'autre certains de ses caractères.

Du caractère professionnel du notaire découle la possibilité pour lui de rechercher la clientèle, avec, bien entendu, le respect des règles disciplinaires, ainsi que le droit de se faire rémunérer de ses soins par des honoraires. En sens inverse, et comme souvenir de l'idée de fonction publique, nous voyons que le ministère du notaire est forcé, que l'honoraire est tarifé légalement, et n'est pas susceptible d'une fixation conventionnelle permettant de l'élever ou même de le réduire.

C'est de son caractère professionnel que résulte pour le notaire, le droit de donner des conseils, de guider les parties : un fonctionnaire en effet ne saurait assumer un rôle semblable, il est par essence tenu à la plus stricte neutralité, il doit se renfermer étroitement dans les limites de sa fonction, il a le droit et le devoir de renseigner le public, mais il ne peut se faire ni son guide, ni son conseil.

Pour le notaire au contraire, ce rôle de conseiller des clients fait partie intégrante du ministère que la loi lui a confié ; une jurisprudence constante le reconnaît comme une conséquence de sa qualité de notaire et en dehors

de tout engagement spécial. Une tendance chaque jour plus marquée se dessine en ce sens ; elle est la justification même de l'institution des notaires et de leur monopole, puisqu'elle leur confère une utilité que ne saurait présenter un corps de fonctionnaires, qu'on voudrait charger de leurs attributions.

Elle s'explique au reste comme étant la conséquence des actes graves que le notaire est appelé à passer, qui nécessitent des conseils, et aussi de la fixité de la clientèle qui s'habitue à voir dans le notaire le guide ordinaire de toutes les opérations intéressant une famille entière. Ce rôle est enseigné aux notaires par les traditions.

« Les notaires doivent tenir leur état à honneur », disait déjà l'ordonnance de Philippe le Bel en 1304.

Plus près de nous, la loi de ventôse an XI a consacré cette idée, et on lit dans l'exposé des motifs de cette loi :
« Les actes pour lesquels l'intervention du notariat est
« réclamé se rattachent à tous les événements successifs
« de la vie de famille et à toutes les transactions qu'a-
« mènent le mouvement des affaires et les déplacements
« volontaires de la propriété. »

et encore :

« Appelés à consacrer les volontés les plus sacrées et à
« donner force aux droits les plus précieux, les notaires
« exercent une sorte de magistrature qui contribue puis-
« samment au repos des familles, et au maintien de la
« moralité publique. »

Plus près de nous encore, M. Legrand apprécie ainsi le rôle des notaires (1) :

« Par ses relations incessantes avec les clients, et
« l'ascendant qu'elles lui donnent sur eux, le notariat
« possède les moyens propres à étouffer les divisions,
« ramener notamment dans les familles les amitiés
« éteintes par l'intérêt, faire régner l'ordre et la jus-
« tice. »

La jurisprudence n'hésite pas à proclamer ce devoir pour les notaires, de servir de guides et de conseils aux parties, d'éclairer leurs clients sur les conséquences des actes qu'ils souscrivent ainsi que sur les formalités nécessaires pour en assurer la validité ou l'efficacité ; elle va même jusqu'à leur imposer l'obligation de suppléer à l'ignorance que peut avoir un client des règles du droit, par leur propre connaissance des prescriptions légales et cela particulièrement quand ledit client est illettré ou inexpérimenté en affaires. Le notaire doit prémunir les parties contre les dangers pouvant résulter des conventions qu'il est chargé de rédiger, et sa responsabilité est d'autant plus engagée que l'ignorance ou le manque d'habileté de ces parties est plus grande. Les fonctions du notaire, dit encore la jurisprudence, ne doivent pas se borner à un rôle purement passif, celui-ci ayant pour mission d'éclairer les gens et de les protéger par ses conseils ; et notamment il doit leur indi-

(1) Legrand. *Traité des devoirs moraux des notaires*.

quer les conséquences juridiques de leur engagement (1).

Nous voyons donc que par la force des choses, la situation des notaires a peu à peu évolué, et aujourd'hui nous constatons qu'ils sont devenus en beaucoup de cas, arbitres dans les différends familiaux et régulateurs d'activités juridiques parfois trop passionnées ou même simplement trop hardies : il leur appartient d'attirer l'attention des parties sur les conséquences futures des actes passés par elles, de leur en faire comprendre toute l'importance, d'en discuter devant elles la moralité ; ce devoir résulte pour eux du droit qu'ils possèdent de refuser leur concours pour les actes dolosifs, frauduleux ou immoraux.

Ainsi considérés de nos jours comme confidents et comme sages conseillers des familles, les notaires ont vu se développer, à côté de leurs obligations légales strictement entendues, toute une série d'obligations morales qui élèvent leurs fonctions, en en rendant l'exercice plus délicat, et en en justifiant le monopole. Ce caractère,

(1) Nous avons extrait toutes les formules précédentes des arrêts qui les ont consacrées : Cass., 3 août 1858 (S. 58. 1. 817) ; Cass., 2 avril 1872 (S. 72. 1. 109) ; Cass., 6 août 1890 (S. 92. 1. 252) ; Cass., 18 janvier 1892 (S. 92. 1. 255) ; Cass., 27 juillet 1892 (S. 93. 1. 121) ; Cass., 21 juin 1893 (S. 93. 1. 339) ; Cass., 17 octobre 1893 (S. 97. 1. 503) ; Nîmes, 5 juin 1899 (D. 1904. 1. 62) ; Cass., 14 novembre 1899 (*Gaz. Trib.*, 21 janvier 1900) ; Seine, 19 avril 1901 (D. 1903. 2. 271) ; Nice, 9 mars 1903 (*Le Droit*, 24 juin 1903) ; Lyon, 21 juillet 1903 (*Mon. jud.*, Lyon, 29 septembre 1904) ; Cass., 9 novembre 1904 (S. 1905. 1. 229) ; Cass., 11 décembre 1905 (D. 1906. 1. 254) ; Grenoble, 2 juin 1908 (*Rec.*, Grenoble, 1909. 46).

d'ailleurs, leur est reconnu fort justement à l'égard de tous leurs clients sans exception. Rien ne nous paraît en effet plus contraire à l'équité que le droit pour le notaire, de remplir à l'égard de quelques clients un rôle autre que celui qu'il joue vis-à-vis des autres. Son monopole l'oblige à prêter à tous un concours égal, et c'est pourquoi, autant les idées de mandat et de gestion d'affaires, liant le notaire à certaines personnes seulement, nous paraissent dangereuses, autant au contraire on doit approuver ce rôle de guide et de conseiller de tous, à eux dévolu.

Nous nous trouvons en face d'une situation légale, obligatoire, qui s'impose chaque fois qu'il est impossible au notaire de refuser le concours de son ministère.

Mais le devoir dont l'existence se trouve consacrée de la sorte, et dont nous venons de donner une formule générale, reçoit une foule d'interprétations particulières, car ce rôle de guide et de conseil varie suivant la nature des affaires et les connaissances juridiques des clients, suivant la foi qu'ils ont en leur notaire, suivant même l'importance des intérêts en jeu.

Seul ce rôle ainsi défini permet de comprendre pourquoi la jurisprudence distingue, dans les questions de prêts hypothécaires, suivant le degré d'instruction des parties : le devoir pour le notaire d'éclairer celles-ci ne se mesure-t-il pas au besoin qu'elles ont de ces conseils ? Et c'est la violation de cette obligation légale, question de fait que les tribunaux ont à résoudre, qui constitue une

faute quasi-délictuelle entraînant la responsabilité prévue par l'article 1382.

Ainsi donc, il est facile, selon nous, de justifier les décisions de justice sans faire intervenir l'idée de mandat, uniquement en se basant sur le rôle du notaire, guide, conseiller des partis, astreint à des devoirs variables suivant les cas.

Une confirmation de notre thèse semble résulter au reste de l'article 68 de la loi de ventôse an XI qui se termine ainsi :

« ... Sauf, s'il y a lieu, les dommages-intérêts contre le « notaire contrevenant. »

Ces mots ont donné lieu à de nombreuses interprétations, étant donné surtout qu'ils ont été écrits à une époque où l'article 1382 du Code civil n'était pas encore rédigé.

D'après les uns, les mots *s'il y a lieu*, se référeraient au droit commun, ils voudraient dire simplement : *s'il y a lieu de prononcer des dommages-intérêts*, les conditions requises pour que les notaires soient tenus de ces dommages-intérêts étant régies uniquement par les règles de la responsabilité ordinaire (1).

Pour les autres au contraire, en vertu de la maxime : *generalia specialibus non derogant*, le Code civil aurait laissé debout l'article 68 de la loi de ventôse et l'ar-

(1)²Laurent, *Principes de droit français*, t. II, n° 507. Sainte-lette, *De la responsabilité et de la garantie*, p. 191 à 204.

ticle 1382 du Code civil serait inapplicable aux notaires (1).

Mais les partisans de cette dernière doctrine en déduisent des conséquences diamétralement opposées.

Un certain nombre d'entre eux prétend qu'écarter l'article 1382, c'est rendre la responsabilité des notaires moins lourde en permettant aux tribunaux de ne pas faire l'application de cet article dans les cas où le droit commun y conduirait : ils se basent sur le fait que les notaires exercent une fonction publique, et que de ce chef leur personnalité disparaît (2).

Au contraire, l'autre groupe soutient que l'article 68 de la loi de ventôse seul applicable aux notaires, doit constituer pour eux un criterium plus sévère que celui du droit commun, il suffit qu'il y ait dommage pour qu'il y ait responsabilité (3).

Notre avis, qui est celui de beaucoup d'auteurs, consiste à combiner l'article 68 de la loi de ventôse, et l'article 1382 du Code civil, car il nous semble que, sans toutefois faire double emploi, ni se contrarier l'un l'autre, ces deux textes se complètent de manière très claire.

L'article 68 de la loi de ventôse s'explique selon nous par le principe général que les notaires sont avant tout

(1) Ch. Vergé, *Traité de la responsabilité des notaires*, n° 3 et suiv. ; P. Pont, *Rev. not.*, t. II, p. 5 ; Defrénois, *Formulaire du Notariat*, n° 8125 ; Merlin, *Répertoire*, V° *Notaire*, pp. 613 et 614.

(2) Stevenart, *Principes de la responsabilité civile des notaires*, p. 25 à 61.

(3) Drouart, *De la responsabilité des notaires*, p. 62 et suiv.

guides et conseils des parties. C'est à ce rôle que fait allusion le membre de phrase *s'il y a lieu*, et par là nous devons entendre que, pour rechercher si le notaire a engagé sa responsabilité, *il y a lieu* de rechercher s'il a bien rempli le rôle que lui a confié la loi. — L'article 1382 pose les conditions nécessaires pour que la responsabilité soit encourue, faute et préjudice; mais l'article 68 de la loi de ventôse prescrit aux juges, dans l'appréciation des éléments constitutifs de la faute, de tenir compte de la situation spéciale des notaires.

Quelle conséquence en tirer pratiquement?

Ce petit membre de phrase implique que, tantôt ce qui serait une faute dans le droit commun, ne le sera pas pour un notaire; tantôt au contraire, ce qui ne serait pas retenu comme faute à la charge d'une personne quelconque, en deviendra une pour un notaire. On ne peut donc dire d'une manière générale que les mots *s'il y a lieu* aient pour effet d'aggraver ou de diminuer toujours la responsabilité; ils impliquent seulement à notre sens que la faute s'apprécie différemment.

Ainsi l'honorabilité des notaires doit en principe les placer au dessus du soupçon, il y a une présomption en leur faveur, justifiée par les conditions mêmes de leur nomination, qui nécessite une preuve plus forte des manquements à leurs devoirs; — mais en sens inverse, quand les faits sont certains et bien établis, le rôle du notaire étant plus délicat et ses obligations plus rigoureuses, les tribunaux pourront voir une imprudence là

où rien n'aurait été retenu à la charge d'un autre intermédiaire.

Les mots *s'il y a lieu* peuvent être également compris en ce sens que les devoirs du notaire étant assez étendus sont par là même assez mal délimités, qu'il faut en cette matière tenir compte des éléments les plus divers, que les tribunaux jouiront d'un pouvoir absolu d'appréciation.

D'après nous donc, ce texte confirme la doctrine d'après laquelle c'est au rôle du notaire comme guide et conseil qu'il faut essayer de rattacher les décisions nombreuses qui ont proclamé leur responsabilité dans la recherche des garanties hypothécaires, et que cette responsabilité se fonde sur l'article 1382 du Code civil, et sur la faute délictuelle examinée à la lumière de leurs attributions.

Le devoir du notaire augmente, nous l'avons vu, avec l'ignorance des parties, et leur confiance en celui-ci. Parmi les nombreux arrêts rendus en ce sens, nous pouvons notamment rappeler les suivants :

Le notaire devient responsable du prêt quand le client a eu en lui une confiance absolue (Rouen, 21 janvier 1841). (1).

... Ou bien quand le prêteur était une personne étrangère aux affaires. (Paris, 18 février 1842) (2).

(1) Sirey, 41. 2. 354.

(2) S. 42. 2. 204.

... Ignorante en affaires (Paris, 27 août 1852) (1).

... Illettrée ou ignorante en affaires (Alger, 6 juillet 1866) (2).

... Etrangère aux affaires et ayant placé toute sa confiance dans le notaire (Rouen, 18 mars 1868) (3).

... Entièrement illettrée (Nîmes, 16 août 1870) (4).

... Quand le prêteur s'en est rapporté aveuglément au notaire, et qu'il ne connaissait pas les emprunteurs (Lyon, 3 mai 1873) (5).

... Qu'il était sans instruction, étranger aux affaires, ayant placé toute sa confiance dans le notaire (Cas. 13 août 1874) (6).

... Très âgé, peu versé dans les affaires, et s'en était remis complètement à lui (Cass., 28 avril 1875) (7).

... Illettré et ignorant des affaires (Versailles, 28 décembre 1877) (8).

Cette dernière décision est à noter tout particulièrement parce qu'après avoir posé comme nous l'avons fait, le principe que le notaire doit ses conseils aux parties, elle considère comme une faute de ne pas l'avoir fait, aux termes de l'article 1382; mais, immédiatement après, ce

(1) S. 52. 2. 550. — D. 54. 2. 75.

(2) S. 66. 2. 299.

(3) S. 69. 2. 198.

(4) S. 72. 2. 106.

(5) *Rev. not.*, n° 4469.

(6) S. 75. 1. 208.

(7) S. 76. 1. 403.

(8) *Rev. not.*, n° 5571.

même jugement croit bien faire en complétant et en fortifiant, à son avis, la solution précédente par l'idée d'un mandat, que nous, nous rejetons.

On peut encore citer les décisions suivantes basées :

... Sur l'âge et l'inexpérience du prêteur (Trib. Mantes, 4 février 1880) (1).

... Sur ce que le prêt a été sollicité par le notaire, et que son client n'avait pas d'ailleurs les aptitudes nécessaires pour suivre et surveiller lui-même le sort de ses placements (Cass. 20 décembre 1882) (2).

... Qu'il était complètement illettré (Paris, 11 mai 1886) (3).

... Sur ce que le prêteur ne connaissait ni les emprunteurs, ni les immeubles, qu'il était un simple bourrelier de village, illettré, n'ayant pas l'expérience des affaires, et s'en étant rapporté au notaire du soin du placement (Cambrai, 17 novembre 1886) (4).

... Sur ce que la prêteuse était infirme, sans aucune notion des affaires, qu'elle ne connaissait pas les emprunteurs, qu'elle était piqueuse de bottines, et qu'elle devait avoir eu toute confiance en son notaire (Rouen, 22 novembre 1886) (5).

... Sur ce que le prêteur était étranger aux affaires,

(1) *Rev. not.*, n° 6078.

(2) S. 83. 1. 176.

(3) S. 88. 2. 110.

(4) *Rev. not.*, 7578.

(5) S. 87. 2. 6.

qu'il s'était adressé à son notaire habituel en qui il devait avoir toute confiance (Grenoble, 2 avril 1895) (1).

... Sur ce que le client était étranger aux affaires (Pau, 6 juin 1898) (2).

... Sur ce que le prêteur était une femme âgée, infirme, peu au courant des affaires (Cass. 6 février 1899) (3).

... Un propriétaire rural inexpérimenté en affaires (Seine, 19 avril 1901) (4).

... Sur ce qu'il était illettré et complètement ignorant des choses du droit (Cass. 26 avril 1904 (5) et Cass. 9 novembre 1904) (6).

... Sur ce que les parties n'avaient aucune expérience des affaires (Cass. 15 avril 1908) (7).

En sens inverse, de nombreuses décisions ont déterminé le devoir et le rôle du notaire en face de clients instruits et expérimentés en affaires. Celles, très typiques, que nous allons présenter, écartent toute la responsabilité notariale en cas de prêts hypothécaires, et en se basant :

... Sur ce que le client exerçait une profession faisant supposer en lui les connaissances nécessaires pour apprécier les garanties qui lui étaient offertes (Lyon, 31 mai 1844) (8).

(1) S. 96. 2. 197.

(2) S. 98. 2. 300.

(3) S. 1900. 1. 197.

(4) D. 1903. 2. 271.

(5) D. 1904. 1. 304.

(6) S. 1905. 1. 229.

(7) *Rec.*, Caen, 1908. 164.

(8) S. 45. 2. 150.

... Sur ce que le prêteur était une personne expérimentée en affaires, principal clerc de notaire lui-même (Cass. 6 juillet 1870) (1).

... Sur ce que le créancier était un homme versé dans les affaires connaissant la valeur des immeubles (Douai, 29 janvier 1889) (2).

... Sur ce qu'il avait connaissance de la valeur du gage et de la personnalité de l'emprunteur (Cass. 20 octobre 1891) (3).

... Sur ce que le prêteur était représenté par un mandataire expérimenté et se disant renseigné (Paris, 7 décembre 1892) (4).

... Sur ce que le prêteur était un homme versé dans les affaires, ayant des relations dans la région où étaient situés les immeubles, et capable à tous égards, d'apprécier la valeur d'un prêt hypothécaire, en mesure de s'assurer de la sécurité du gage qui lui était offert (Orléans, 9 décembre 1892) (5).

... Sur ce qu'il n'est pas le notaire habituel des parties qui ont signé sans s'éclairer de ses conseils, alors surtout que ces personnes ne sont pas illettrées, et qu'elles ont pu se rendre compte elles-mêmes des conséquences de la dite convention (Bordeaux, 11 novembre 1901) (6).

(1) D. 71. 4. 145.

(2) *Rev. not.*, 8229.

(3) S. 92. 4. 585.

(4) *Journal du Notariat*, 1893, p. 343.

(5) S. 95. 2. 102

(6) *Pand. franç.*, 1903. 2. 268.

... Sur ce que le client a une grande expérience des affaires (Trib. civil, Châteauroux, 18 mars 1903) (1).

... Sur ce que le client était au courant des affaires de placement hypothécaire et que le notaire n'a été que l'intermédiaire entre les parties (Trib. civ., Melun, 20 décembre 1907) (2).

... Sur ce que le client n'avait recours au notaire que pour l'indication des placements et la rédaction des actes de prêt, qu'il se préoccupait lui-même de l'importance des sûretés offertes au lieu de s'en rapporter sur ce point à son notaire, qu'il voulait agir seul autant que possible et directement (Lyon, 17 décembre 1907) (3).

A signaler cependant une décision déclarant que le notaire n'avait pas rempli son rôle, pour le renouvellement d'inscription, à l'égard d'un prêteur qui se trouvait être la femme d'un notaire, alors que le mari de cette femme détenait lui-même la grosse du prêt hypothécaire (Anvers, 18 mars 1909) (4).

Non seulement le devoir du notaire envisagé comme guide et conseil des parties, varie suivant le degré d'instruction de celles-ci, mais il existe d'autres éléments susceptibles d'influer sur lui.

En première ligne, le fait qu'il a sollicité le prêt, qu'il en a pris l'initiative, qu'il l'a proposé aux parties, est un

(1) *Le Droit*, 24 octobre 1903.

(2) *Le Droit*, 11 novembre 1908.

(3) *Mon. jud.* de Lyon, 9 juillet 1908.

(4) *Le Droit*, 30 avril 1909, cf. la note.

de ces éléments. Comme nous l'avons déjà vu (1), les tribunaux se basent souvent sur cette circonstance dont ils font grief au notaire, pour le déclarer responsable au cas où le prêteur éprouve plus tard un préjudice : or nous avons exprimé à ce sujet cet avis, que, au contraire, rien n'est plus naturel que cette initiative qui fait partie des attributions du notaire guide et conseil des parties, mieux placé que personne au monde pour connaître les prêts sur hypothèque, pour apprécier leur valeur, pour les conseiller à ses clients.

Mais, si le fait même de proposer un placement est normal, régulier, et nullement imputable à faute par lui-même, il faut bien dire que les propositions émanées du notaire, en même temps qu'elles impliquent une conception très large de ses devoirs, le mettent du même coup dans une situation fort délicate, exigeant de lui une grande prudence et une grande attention : car plus on élève l'idée morale qu'on se fait du rôle du notaire, plus on est porté à se montrer difficile pour lui dans l'exercice de ce rôle ; certaines négligences, qui n'eussent pas paru répréhensibles en d'autres cas, peuvent être considérées comme des fautes lorsque le notaire s'est créé volontairement un plus grand nombre d'obligations.

Egalement le fait d'avoir la confiance absolue des clients, constitue pour le notaire une situation augmentant ses devoirs. Il semble évident que ce simple fait ne

(1) Voir *supra*, pp. 37 et 38.

peut constituer un lien contractuel entre le client et le notaire, bien que beaucoup d'arrêts l'aient associé à l'idée de mandat ; mais en revanche, on comprend très bien que la faute, élément essentiellement impondérable, et souvent affaire de pure impression, soit influencée par cette considération : que la confiance crée, sinon des obligations contractuelles, au moins des règles de conduite ; et que ces règles de conduite engendrent à leur tour des quasi-délits, lorsqu'on ne les observe pas. Ici encore nous reconnaissons l'équité des solutions de jurisprudence, mais nous croyons devoir les appuyer uniquement sur l'idée du rôle élevé des notaires, et l'application qui en résulte de l'article 1382.

Notons enfin qu'on peut faire rentrer dans cette idée de confiance ce fait, quelquefois relevé dans les arrêts, que le client se trouvait en présence de son notaire habituel. Ce dernier s'en trouve revêtu d'obligations plus strictes, et assume de ce fait des devoirs plus étroits.

Appliquons maintenant ce criterium que nous venons d'adopter, à la recherche des garanties hypothécaires, et en partant de ce point de vue, examinons quelle doit être la tâche du notaire.

Un premier principe apparaît comme certain, qu'il convient de placer tout à fait au premier plan, qui a été consacré formellement par la Cour de cassation (1), et qui est conforme à la logique et au bon sens : c'est celui qui

(1) Cass , 6 juin 1894. (S. 95, 1. 395).

veut que le notaire, comme guide et conseil des parties, s'assure de tous les éléments essentiels à la perfection du prêt hypothécaire, sans lesquels ce prêt ne se peut juridiquement réaliser ; il doit donc vérifier les faits et conditions intrinsèques audit acte, sans lesquels cet acte ne saurait avoir de raison d'être.

C'est l'application aux prêts hypothécaires de ce principe plus général, mis en vigueur par plusieurs arrêts-types de la Cour de cassation, d'après lequel le notaire, même envisagé comme simple rédacteur, ne doit pas prêter son concours à un acte manquant de quelque élément essentiel à sa validité. La présence du notaire constitue ainsi une garantie au regard des parties en assurant, sinon l'efficacité matérielle, du moins la validité juridique de l'acte.

Dans les prêts hypothécaires il y a trois éléments essentiels :

I. — Capacité et pouvoir d'hypothéquer.

II. — Propriété libre du bien hypothéqué, chez l'emprunteur.

III. — Situation hypothécaire de l'immeuble.

Et d'abord :

I. Capacité et pouvoir d'hypothéquer.

En principe et sauf l'exception relative au mineur commerçant, la capacité d'hypothéquer est la même que la capacité d'aliéner (Article 2124 du Code civil). Elle est nécessaire pour la validité de l'hypothèque.

Entre-t-il dans le rôle du notaire de s'assurer de la capacité de l'emprunteur ?

C'est une question à laquelle il est impossible de répondre sans faire quelques distinctions.

Si les notaires sont chargés d'éclairer les parties sur les conséquences de leurs actes, et notamment sur leurs capacités respectives, cela résulte de ce qu'ils doivent s'assurer de l'individualité des dites parties ; chargés par la loi de certifier la personnalité des contractants, les notaires ont le devoir, s'ils ne les connaissent pas personnellement, de se faire affirmer leur identité par des témoins certificateurs. Pouvait-on en même temps leur imposer l'obligation d'assurer leur capacité ? C'eût été parfois rendre la conclusion des actes impossible, en exigeant des pièces trop nombreuses, et souvent difficiles à se procurer.

Dès lors, plusieurs situations sont possibles :

Ou bien le notaire connaît personnellement les parties, a des renseignements certains sur leur capacité : dans ce cas, il doit signaler ces renseignements, et au besoin refuser l'acte, si celui-ci devait rester sans effet (1). Cette situation se présente notamment quand il s'agit d'une femme dotale et que les origines de propriété révèlent le caractère dotal du bien, c'est-à-dire l'incapacité spéciale dont la femme est alors frappée (2).

(1) Aix, 23 avril 1847 (D. 47. 2. 188) ; Bordeaux, 20 juin 1866 (S. 66. 2. 351).

(2) Cass., 23 juin 1904 (*Le Droit*, 9 novembre 1904).

Ou bien, sans être absolument sûr de l'existence d'une incapacité, le notaire a des doutes, motivés par l'examen de certaines pièces ou par des déclarations ambiguës; il doit alors demander des justifications complémentaires, ainsi le veut son rôle de guide et de conseil des contractants (1).

Ou bien, enfin, il ne connaît pas les parties personnellement, il n'a aucun renseignement sur leur capacité, il s'est fait assurer seulement leur identité. En pareille hypothèse, le notaire a le droit de s'en rapporter à la maxime : que la capacité est la règle et l'incapacité l'exception.

Certaines décisions de justice semblent faire une distinction suivant que le notaire est ou non mandataire, et notamment lorsqu'il a fait la proposition du prêt, lorsqu'il l'a négocié, ou lorsqu'il est en face d'un prêteur illettré et inexpérimenté en affaires. D'après ces arrêts, le notaire mandataire du prêteur (et le mandat aux yeux de la jurisprudence résulte suffisamment des conditions de fait que nous venons d'énoncer) aurait mission de rechercher plus à fond la capacité de l'emprunteur (2). Il nous semble que ces solutions peuvent se justifier sans l'idée de mandat, mais simplement en se basant sur ce que le rôle du notaire est plus rigoureux en ces circonstances : il doit s'entourer de plus grandes précautions, parce que, en présentant l'emprunteur qui ne lui est pas

(1) Chambéry, 31 août 1880 (*Rev. not.*, n° 6134).

(2) Cass., 31 mars 1862 (S. 63. 1. 307); Aix, 19 mars 1891 (D. 92. 2. 343); Douai, 7 mars 1882 (D. 83. 2. 14).

imposé, il est en droit de lui demander des preuves de sa capacité.

A côté de la question de capacité, se place celle du pouvoir d'hypothéquer pour autrui.

En principe la procuration donnée pour hypothéquer doit être authentique comme le sera l'acte d'hypothèque lui-même.

Exceptionnellement, les statuts de société commerciale, même rédigés par acte sous seing privé, peuvent conférer au gérant, en vertu de la loi du 1^{er} août 1893, le pouvoir d'hypothéquer les immeubles de la Société.

Enfin remarquons que le mari d'une femme mariée sous le régime de communauté, peut hypothéquer les immeubles de celle-ci qui ont été ameublés sans que la communauté en devienne propriétaire, — mais il n'a pas le pouvoir de les aliéner.

Le notaire doit toujours s'assurer de la validité des procurations ou pouvoirs d'hypothéquer. En effet, alors que la capacité est la règle, et que bien souvent le notaire, qui ne cherche pas l'emprunteur, et qu'on charge du simple rôle de rédacteur, est dans l'impossibilité de vérifier la capacité, obligé qu'il est de prêter son ministère, — au contraire, le pouvoir est une exception à la règle, il doit être relaté dans l'acte de prêt, et le notaire à qui on le présente, a toutes les facilités pour s'assurer de sa régularité (1).

(1) Amiens, 9 avril 1856 (S. 56. 2. 333) ; Cass , 24 mai 1886 (S. 86. 1. 247) ; Cass., 6 janvier 1890 (S. 90. 1. 459).

II. — *Propriété libre du bien hypothéqué entre les mains de l'emprunteur.*

Plusieurs questions se posent à ce propos :

L'emprunteur est-il propriétaire ?

Cette propriété est-elle résoluble ?

Le bien est-il susceptible d'hypothèque ?

Le bien est-il saisissable ?

Nous inspirant du principe d'après lequel le rôle du notaire est d'étudier les éléments essentiels du pacte hypothécaire, nous dirons que son premier devoir est de vérifier l'origine et les titres de propriété de l'emprunteur, de s'assurer qu'ils sont réguliers et valables ; à lui de rechercher par un examen attentif si les biens à hypothéquer sont la propriété du constituant, puisque l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle, d'une nullité radicale. Cette obligation dérive de l'essence même de son rôle, il faudrait pour qu'il fût déchargé de ce soin, une clause formelle du contrat déclarant que les parties elles-mêmes ont fait les recherches correspondantes sous leur propre responsabilité (1). C'est ce qu'ont décidé un grand nombre d'arrêts (2).

(1) Douai, 26 juin 1889 (*Rev. not.*, n° 8225) ; Paris, 3 avril 1903 (*D.* 1904. 2. 188).

(2) Alger, 1^{er} septembre 1854 (*S.* 55. 1. 625) ; Paris, 31 mai 1856 (*S.* 58. 1. 133) ; Amiens, 24 novembre 1857 (*S.* 58. 1. 518) ; Cass., 10 août 1865 (*S.* 65. 1. 438) ; Cass., 4 mars 1873 (*S.* 73. 1. 201) ; Cass., 2 décembre 1873 (*Rev. not.*, n° 4581) ; Trib. Seine, 15 janvier 1889 (*Gaz. Pal.*, 89. 1. 525) ; Cass., 6 janvier 1890 (*Gaz. Pal.* 90. 1. 459) ; Cass., 6 juin 1894 (*S.* 95. 1. 395) ; Cass., 19 octobre 1897 (*S.* 98. 1. 183).

Non seulement les notaires ont le devoir de vérifier si l'emprunteur est bien propriétaire des immeubles hypothéqués, mais ils doivent rechercher les conditions de cette propriété, examiner si elle est définitive ou sujette à des conditions résolutoires, si toutes les formalités nécessaires pour assurer cette propriété au regard des tiers, ont bien été remplies. Notamment, le notaire s'assurera que l'emprunteur avait fait transcrire régulièrement son acquisition (1) ; que les charges, et notamment une rente viagère consentie comme condition de la donation faite à l'emprunteur ont bien été remplies (2) ; ou qu'il existe une cause quelconque de résolution, comme par exemple le retrait d'indivision accordé à la femme de l'emprunteur (3). Il lui incombe également de rechercher si, le bien étant *indivis*, l'hypothèque n'est pas susceptible de tomber postérieurement par suite de l'effet déclaratif du partage.

En tout ceci, les notaires ont souvent à résoudre d'importantes et de délicates questions de droit ; à ce sujet, ils peuvent commettre des erreurs : en sont-ils excusables ?

Le rôle du notaire est de connaître la loi, non pas en vertu de la maxime banale que « *nul n'est censé ignorer*

(1) Paris, 27 août 1852 (D. 54. 2. 75) ; Paris, 2 mai 1860 (D. 61. 2. 65) ; Caen, 20 juillet 1874 (S. 74. 2. 305).

(2) Rouen, 29 juin 1878 (*Rev. not.*, n° 5785).

(3) Agen, 28 janvier 1891 (D. 92. 2. 79) ; Cass., 19 mars 1894 (D. 95. 1. 70).

la loi », mais parce que son devoir est d'éclairer sur les conséquences juridiques de leurs actes, ceux à qui cette maxime deviendrait opposable à défaut de ses conseils. Il serait mal venu à arguer de son ignorance ou de son imprévoyance, puisqu'il est justement chargé de savoir pour les ignorants et de prévoir à leur place.

Cependant cette exigence a des limites : il est impossible dans les cas controversés en jurisprudence de formuler un avis certain ; le notaire qui attire l'attention des parties sur les hésitations de la jurisprudence au sujet d'une question délicate, remplit suffisamment son devoir : Comment exiger de lui qu'il devine celle des opinions qui triomphera devant le tribunal, s'il en est besoin plus tard pour résoudre les difficultés ? Toutefois lorsque la Cour suprême a tranché définitivement la controverse, les notaires doivent savoir en quel sens, et mettre la décision en pratique. Nous pouvons citer à l'appui un exemple récent :

La licitation faite au profit d'un cohéritier vaut partage, et produit un effet déclaratif aux termes de l'article 883 du Code civil ; au contraire la licitation faite au profit d'un étranger vaut vente. Il en résulte en matière hypothécaire une grave conséquence : les hypothèques consenties par tous les indivisaires sont maintenues si la licitation vaut vente, celles-là seules qui sont consenties par l'héritier adjudicataire subsistent quand la licitation vaut partage.

Or, on s'est longtemps demandé que décider, quand

la licitation est faite au profit d'un étranger, mais que, par suite des rapports à effectuer par l'un des cohéritiers, le prix total de l'adjudication doit être mis tout entier dans le lot de son cohéritier. Si, en pareille situation, le cohéritier qui ne peut jamais avoir droit au prix, hypothèque pendant l'indivision, y a-t-il à craindre que cette hypothèque ne puisse jamais être valable, quel que soit le sort postérieur du bien ? Les notaires, avant l'arrêt des Chambres réunies du 3 décembre 1907, pouvaient être embarrassés pour donner une réponse ; aujourd'hui au contraire, depuis que la jurisprudence est fixée par cet arrêt, ce serait commettre une erreur de droit que de méconnaître le principe d'après lequel une pareille hypothèque ne peut jamais être valable, puisqu'elle est constituée par quelqu'un qui ne pourra jamais avoir de droits sur le bien (1).

(1) On peut rapprocher de cet arrêt de 1907 la décision plus récente du 12 janvier 1909, qui fit beaucoup de bruit dans le milieu notarial et aux termes de laquelle la Cour de cassation a déclaré, un peu singulièrement peut-être, ce qui suit :

Lorsqu'une hypothèque a été constituée conjointement et solidairement sur un immeuble indivis par tous les co-propriétaires pour sûreté d'une dette contractée aussi solidairement, et qu'à la suite de l'adjudication sur licitation prononcée au profit de l'un d'eux, un co-propriétaire cède à un tiers son privilège de co-partageant dûment inscrit, ce dernier doit être colloqué au rang de ce privilège, et, par conséquent, prime le créancier hypothécaire, sans que celui-ci puisse opposer la renonciation résultant de la solidarité de l'obligation, à défaut de stipulation expresse régulièrement portée à la connaissance des tiers.

Cette jurisprudence, en solutionnant ainsi la question, oblige tout

III. — *Situation hypothécaire de l'immeuble donné en garantie du prêt.*

Ici encore c'est au notaire à vérifier les déclarations de l'emprunteur qu'il est d'usage de faire figurer dans l'acte d'obligation et qui sont relatives à la situation hypothécaire de l'immeuble ; c'est à lui à faire connaître au prêteur le résultat de ses recherches. Comme il a entre les mains les origines de propriété de l'immeuble hypothéqué, rien ne lui est plus facile que de se faire délivrer un état des inscriptions hypothécaires dont l'examen lui permettra de contrôler les allégations de l'emprunteur ; il pourra voir ainsi de suite si cet immeuble est libre de toutes charges ou si du moins les charges existantes ne sont pas supérieures à celles qui ont fait l'objet de la déclaration de l'emprunteur (1).

Cette constatation appartient au rôle professionnel du notaire, et ne découle nullement d'un mandat : pour qu'il en soit dispensé, il faudrait qu'il en ait reçu décharge formelle, le prêteur ayant déclaré avoir fait ces vérifications lui-même ; de même encore dans le cas où les pièces à lui communiquées ne lui auraient pas permis de faire utilement cette vérification (2) du fait de tous les précédents

notaire qui se trouve en des cas analogues, à raisonner de la sorte et pose un principe de droit qu'il est de leur devoir de connaître et de respecter.

(1) Trib. Mantes, 4 février 1880 (*Rev. not.*, n° 6078) ; Cass., 20 décembre 1882 (S. 83. 1. 176).

(2) Cass., 27 juin 1899 (S. 1900. 1. 229).

propriétaires. Est-il besoin d'ajouter que cette obligation est plus impérieuse encore quand les actes précédents ayant grevé l'immeuble d'hypothèques antérieures, ont été passés dans l'étude même du notaire? Ne pas en avvertir le prêteur serait alors, non pas une faute simple, mais une faute lourde (1).

En résumé, quelles que soient les circonstances de fait favorables ou non au notaire, c'est au principe du devoir professionnel de vérification de la situation hypothécaire qu'il faut toujours se référer pour baser la faute qu'il a pu commettre sur l'article 1382. C'est là un des points les mieux établis de notre théorie, et dans le cas présent la jurisprudence n'éprouve pas aussi souvent qu'ailleurs, bien qu'elle le fasse encore parfois, le besoin d'appuyer ses décisions sur l'idée, fautive à notre avis, d'un prétendu mandat.

Si notre Code n'admettait pas l'existence de charges réelles occultes, le rôle du notaire serait fort simple en cette matière; mais il peut se trouver en présence d'hypothèques légales non inscrites, notamment et surtout de l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur. Le notaire comme guide et conseil du prêteur, a pour mission de lui dévoiler les dangers que présente pour lui

(1) Cass., 29 décembre 1847 (S. 48. 1. 201; Cass., 22 avril 1856 (D. 56. 1. 247); Cass., 3 août 1856 (S. 58. 1. 818); Cass., 20 novembre 1876 (S. 78. 1. 273); Trib. Seine, 13 février 1888 (*Le Droit*, 5 avril 1888); Cass., 22 janvier 1890 (S. 90. 1. 460); Rouen, 3 mars 1890 (*J. not.*, 1891, p. 601); Cass., 11 mai 1891 (S. 92. 1. 254); Cass., 19 juillet 1892 (S. 92. 1. 560); Paris, 7 décembre 1892 (*J. not.*, 1893, p. 343).

cette hypothèque, et l'engager à s'y faire subroger, ce qui non seulement écarte l'hypothèque de la femme, mais encore lui donne son rang avantageux.

D'un autre côté la loi de 1855 qui a reconnu législativement la validité de ces subrogations, la soumet à la rédaction d'un acte authentique : cette exigence se justifie par le désir de protéger la femme au moment même où elle va se dépouiller d'une garantie que la loi lui avait donnée comme compensation de son rôle juridique inférieur pendant le mariage. Le notaire doit donc, pour remplir son rôle vis-à-vis d'elle, avertir également la femme des conséquences pouvant résulter pour elle d'une subrogation possible sauf sous le régime dotal. En pratique, il pourra fréquemment concilier les intérêts opposés en limitant la subrogation aux biens hypothéqués conventionnellement.

A côté de ces éléments essentiels, le notaire, dans la recherche des garanties hypothécaires, doit se préoccuper de la valeur des immeubles affectés en gage et examiner si cette valeur est suffisante pour assurer le remboursement du prêt hypothécaire.

Cela fait encore partie des attributions de son rôle de guide et de conseil, mais cependant, alors que dans la recherche des origines de propriété, et de situation hypothécaire des biens, il a à solutionner des questions de droit rentrant naturellement dans sa compétence, dans l'évaluation des biens hypothéqués au contraire, il doit résoudre une question de pur fait, souvent périlleuse,

pour laquelle les parties sont souvent aussi bien, sinon mieux qualifiées que lui. — En pareille circonstance, on ne saurait exiger du notaire autre chose que de s'assurer si les biens apparaissent comme étant normalement suffisants au moment du prêt (1) : et c'est surtout ici qu'il faut distinguer suivant que les parties, tout à fait illettrées et inexpérimentées en affaires, étaient incapables de se rendre compte de la valeur des immeubles, auquel cas le notaire comme guide et conseil doit s'en occuper pour elles, dans la mesure où de pareilles évaluations sont possibles (2) ; ou suivant que, au contraire, les parties, connaissant les immeubles, habitant le pays, au courant de la valeur de la propriété, présentaient toutes les qualités requises pour bien juger de la valeur des garanties offertes (3). Aussi n'est-il pas surprenant de voir la jurispru-

(1) Bordeaux, 9 décembre 1841 (D. 42. 1. 333) ; Cass., 14 décembre 1841 (S. 42. 1. 143) ; Cass., 19 mars 1845 (S. 45. 1. 262) ; Cass., 11 juillet 1866 (S. 66. 1. 320) ; Trib. Seine, 4 décembre 1877 (*Rev. not.*, n° 5560) ; Cass., 30 mai 1881 (S. 82. 1. 8) ; Paris, 11 décembre 1884 (*Rev. not.*, n° 7068) ; Riom, 30 décembre 1890 (D. 92. 2. 227) ; Orléans, 9 décembre 1892 (S. 95. 2. 102).

(2) Cass., 11 juillet 1866 (S. 66. 1. 320) ; Cass., 13 août 1874 (S. 75. 1. 208) ; Angers, 14 août 1875 et Cass., 2 août 1875 (S. 75. 1. 455) ; Cass., 20 décembre 1882 (S. 83. 1. 176) ; Cass., 2 mai 1892 (S. 92. 1. 304) ; Orléans, 22 juillet 1892 (S. 95. 2. 102) ; Douai, 11 mars 1895 (S. 95. 2. 200) ; Grenoble, 2 avril 1895 (S. 96. 2. 197).

(3) Lyon, 31 mai 1844 (S. 45. 2. 150) ; Douai, 29 décembre 1845 (S. 46. 2. 635) ; Cass., 6 juillet 1870 (S. 70. 1. 421) ; Caen, 25 juin 1876 (*Rev. not.*, n° 5136) ; Douai, 29 janvier 1889 (*Rev. not.*, n° 8229) ; Cass., 20 octobre 1891 (S. 92. 1. 585) deux arrêts ; Orléans, 9 décembre 1892 (S. 95. 2. 102) ; Nancy, 27 novembre 1895 (S. 96. 2. 188).

dence recourir ici encore à son idée de mandat tacite : pour nous, il est aussi facile de justifier les décisions des tribunaux par cette conception du notaire guide et conseil des parties, l'obligeant différemment suivant que ses avis sont nécessaires et recherchés, ou inutiles et non requis. Seulement en se basant sur l'idée de mandat, les tribunaux sont conduits, selon nous, à deux opinions trop diamétralement opposées : ou bien ils considèrent le notaire comme simple rédacteur de l'acte et ils déclarent qu'il n'avait pas à s'inquiéter de la valeur du gage hypothécaire (1), (ce qui, en tant que principe absolu, nous paraît exagéré, le rôle du notaire comme guide et comme conseil, l'obligeant selon nous à surveiller la question de valeur du bien hypothéqué, même lorsqu'il n'est que simple rédacteur de l'acte) ; — ou bien ils considèrent le notaire comme mandataire du prêteur, et ils le rendent garant du défaut de valeur d'une manière complète (2), (et selon nous trop absolue, car le notaire

(1) Paris, 22 mai 1832 (S. 32. 2. 567) ; Paris, 26 janvier 1833 (S. 33. 2. 157) ; Riom, 23 octobre 1888 (D. 89. 2. 279) ; Orléans, 22 juillet 1892 (S. 95. 2. 102) ; Rennes, 21 février 1893 (S. 95. 2. 103) ; Cass., 13 juin 1893 (S. 97. 1. 503).

(2) Toulouse, 30 mai 1829 (S. chronolog.) ; Douai, 22 décembre 1840 (S. 41. 2. 139) ; Metz, 19 décembre 1855 (S. 56. 2. 478) ; Cass., 13 août 1874 (S. 75. 1. 208) ; Cass., 28 avril 1875 (D. 77. 1. 223) ; Cass., 20 novembre 1876 (S. 78. 1. 273) ; Cass., 21 octobre 1885 (S. 86. 1. 173) ; Douai, 19 et 24 janvier 1887 (*Rev. not.*, n° 7620) ; Orléans, 9 décembre 1892 (S. 95. 2. 102) ; Cass., 21 juin 1893 (S. 93. 1. 339) ; Angers, 18 mars 1896 (S. 97. 2. 158) ; Amiens, 25 janvier 1899 (S. 1900. 2. 199) ; Cass., 23 juin 1903 (S. 1904. 1. 484).

ne peut jamais fournir à cet égard qu'une appréciation assez approximative, et la faute de sa part doit être assez grave pour pouvoir être retenue). Il faut d'ailleurs ajouter que jamais le notaire ne saurait être rendu responsable des événements fortuits postérieurs au prêt qui auraient eu pour effet de diminuer les sûretés, primitivement suffisantes ; pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le notaire se fût porté caution, engagement de sa part valable en droit mais contraire aux règles professionnelles et par suite qu'on ne devrait jamais présumer. A part cela, le notaire n'est pas chargé de prévoir les événements politiques, militaires, ou économiques pouvant amener plus tard une dépréciation de l'immeuble hypothéqué (1).

§ 2. — Rôle du notaire comme rédacteur de l'acte.

Nous venons d'étudier le rôle du notaire d'abord dans la recherche des contractants puis dans l'examen des garanties hypothécaires offertes par les emprunteurs : nous allons supposer désormais toutes ces questions élucidées, tous ces éléments connus et appréciés : il convient maintenant de rédiger l'acte solennel qui, seul, peut donner ici à l'accord des parties, la force obligatoire.

(1) Trib. Troyes, 20 juillet 1875 (*Rev. not.*, n° 5040) ; Trib. Seine, 4 décembre 1877 (*Rev. not.*, n° 5560) ; Cass., 30 mai 1884 (S. 82. 1. 8) ; Poitiers, 11 novembre 1889 (S. 90. 2. 192) ; Orléans, 22 juillet 1892 (S. 95. 2. 102).

Le rôle du notaire comme rédacteur commence à ce moment.

Notons bien qu'il n'est pas impossible de supposer que parfois le rôle du notaire prend seulement naissance alors : cela se produira chaque fois que les parties, se connaissant déjà et connaissant les immeubles à hypothéquer, viennent simplement demander au notaire de donner l'authenticité à des conventions déjà arrêtées entre personnes au courant des affaires, n'ayant besoin ni de guide ni de conseil. Un grand nombre de décisions ont, en pareil cas, sanctionné par un défaut de responsabilité absolue en ce qui concerne les recherches antérieures au prêt, le rôle non existant du notaire avant la rédaction même de l'acte (1).

Le notaire est-il toujours, et forcément, rédacteur de l'acte hypothécaire?

Il semblerait que oui, au premier abord, puisque l'article 2127 exige un acte passé en la forme authentique : on s'est pourtant demandé si la constitution d'hypothèque

(1) Paris, 22 mai 1832 (S. 32. 2. 459); Paris, 26 janvier 1833 (S. 33. 2. 157); Douai, 29 mai 1844 (S. 45. 2. 150); Lyon, 31 mai 1844 (S. 45. 2. 150); Douai, 29 décembre 1845 (S. 46. 2. 635); Cass., 30 juin 1892 (S. 52. 1. 560); Toulouse, 24 mars 1879 (S. 79. 2. 149); Douai, 26 juin 1889 (*Rev. not.*, n° 8225); Paris, 7 décembre 1892 (*J. des not.*, 1893, p. 343); Rennes, 21 février 1893 (S. 95. 2. 103); Nancy, 27 novembre 1895 (S. 96. 2. 188); Bordeaux, 11 novembre 1901 (*Pan t. Franç.*, 1903. 2. 268); Cass., 24 juin 1902 (S. 1903. 1. 40); Cass., 23 juin 1904 (S. 1905. 1. 315); Trib. Seine, 21 février 1905 (*Le Droit*, 23 avril 1905); Trib. Seine, 2 août 1905 (*Gaz. Pal.*, 1905. 2. 357); Cass., 23 juillet 1906 (D. 1906. 1. 357).

faite par acte sous seing privé, est valable, lorsque cet acte a été reconnu devant notaire ou lorsqu'il a été remis par le débiteur entre les mains d'un notaire qui en a régulièrement constaté le dépôt.

L'affirmative ne paraît pas douteuse si l'acte de reconnaissance ou l'acte de dépôt contiennent toutes les mentions nécessaires à la convention d'hypothèque, auquel cas celle-ci peut être considérée comme régulièrement constituée.

La solution est plus délicate, si on s'est contenté de dresser un simple procès-verbal de la reconnaissance ou du dépôt. Notre ancienne jurisprudence admettait la validité de ce procédé, parce qu'elle assimilait le dépôt chez un notaire à un acte notarié; il résulte des travaux préparatoires de la loi de ventôse an XI qu'on entendit consacrer la règle ancienne sur ce point (1), mais il est nécessaire que l'acte sous seing privé ait été déposé par le débiteur lui-même (2) et non par le créancier seul, parce que c'est la volonté du débiteur qui doit être constatée par acte authentique; peu importe d'ailleurs l'absence ou la présence du créancier, lorsque le débiteur a fait le dépôt.

La jurisprudence, elle, reconnaît la validité des hypothèques consenties par acte sous-seing privé, qui a été reconnu devant un notaire, ou déposé chez lui (3).

(1) Fenet, XV, p. 360.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n° 1411.

(3) Cass., 15 février 1832 (S. 32. 1. 790); Cass., 3 décembre 1889 (S. 91. 1. 525).

Comme rédacteur, le notaire est contraint de prêter son concours à l'acte ; l'article 3 de la loi de ventôse lui en fait une obligation, et c'est une conséquence de ce que le notaire n'est pas un intermédiaire ordinaire, mais de ce qu'il participe dans une certaine mesure à une fonction publique.

Quand les notaires sont requis d'instrumenter dans des conditions contraires à la loi ou aux bonnes mœurs, quand l'acte présente un caractère dolosif ou frauduleux, lorsque notamment il comporte des intérêts usuraires (1), ils doivent alors refuser leur ministère aux parties.

Il leur incombe de s'assurer de l'identité des parties ; dans le cas où elles sont inconnues d'eux, de se faire attester leur individualité par deux citoyens présentant les mêmes qualités que celles requises pour être témoins instrumentaires, aux termes de l'article 11 de la loi de ventôse.

Au point de vue capacité, le notaire doit s'abstenir d'instrumenter, s'il a un doute sérieux sur la capacité des parties ; en les faisant figurer dans l'acte, il doit faire état des recherches qu'il a dû effectuer au sujet de cette capacité, dans la mesure signalée plus haut, et qui précèdent forcément la rédaction de l'acte.

Ces recherches portent :

Sur les autorisations nécessaires aux communes, aux établissements publics, aux personnes morales en général.

(1) Caen, 15 décembre 1828 (Sirey, *chronolog.*).

Pour les particuliers, sur la qualité de femme mariée, dotale, veuve, séparée de corps, ou divorcée.

Sur la majorité ou la minorité des parties, sur l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire.

L'attention du notaire devra s'éveiller si l'emprunteur est en état de faillite, s'il s'agit d'héritiers présomptifs, envoyés en possession provisoire d'un absent, si les biens sont entre les mains d'un grevé de substitution, ou s'il y a eu une transcription de saisie antérieure à l'hypothèque.

Il devra également mentionner les pouvoirs des mandataires et indiquer qu'ils sont rédigés en la forme authentique.

D'après l'article 2127 du Code civil : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par un acte passé en la forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins ».

Mais d'après l'article 9 de la loi de ventôse, modifié par la loi du 12 août 1902 : « Les actes notariés pourront être reçus par un seul notaire, sauf les exceptions ci-après... »

Or, justement les constitutions d'hypothèque ne figurent pas dans les exceptions prévues à la fin de l'article. Il s'ensuit une contradiction formelle entre les deux textes : mais, comme l'article 2127 n'était que la reproduction formelle de l'ancien article 9 de la loi de ventôse an XI, il est raisonnable de penser que la loi du 12 août 1902, en modifiant cet article 9, a du même coup

modifié l'article 2127, et que désormais la présence d'un seul notaire suffit lorsque les parties savent signer.

La rédaction de l'obligation hypothécaire doit-elle être faite en brevet ou en minute ?

L'article 2127 n'exigeant pas la rédaction en minute comme le fait l'article 931 pour les donations, on doit admettre qu'une rédaction en brevet est suffisante. Certaines législations, la législation belge notamment, se montrent plus rigoureuses sur ce point (1).

On a objecté, il est vrai (2), qu'aux termes des articles 20 et 68 de la loi de ventôse, les notaires sont obligés de garder minute des actes qu'ils reçoivent, et ce à peine de nullité : mais cet article prévoit lui-même la possibilité d'actes rédigés en brevet, il suffira donc de comprendre les constitutions d'hypothèque parmi ces exceptions. L'existence d'un original en brevet est d'ailleurs formellement prévue par l'article 2148, et les auteurs ainsi que la jurisprudence sont en ce sens (3).

Dans quelle mesure le notaire doit-il faire comparaître le prêteur et l'emprunteur à l'acte ?

La volonté de l'emprunteur doit certainement être constatée par l'acte notarié, c'est en effet par mesure de protection en sa faveur que l'article 2127 exige l'acte authentique par devant notaire.

(1) Loi du 16 décembre 1851, art. 83.

(2) Duranton, t. XIX, 357, XX, 98.

(3) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n° 1411 ; Amiaud, *Formulaire du notariat*, t. III, p. 2, note 3 ; Alger, 7 mai 1878 ; Sirey, 71. 2. 105.

En ce qui concerne le prêteur, certains auteurs vont jusqu'à prétendre que, bien qu'il soit préférable de le faire accepter, son acceptation n'est pas nécessaire, l'acte de prêt étant unilatéral et régulièrement consenti par le débiteur seul (1).

Nous croyons que le prêt, comme tous les contrats, doit être consenti par les deux parties : ce n'est pas un acte unilatéral comme une acceptation ou une renonciation à une succession ; qui dit contrat, dit deux consentements : s'il est unilatéral, c'est en ce sens qu'il ne donne naissance qu'à une seule obligation. Si la dette est antérieure, la création d'une hypothèque est de son côté une nouvelle convention qui a besoin de l'accord de deux volontés.

Mais on peut se demander si cette acceptation du prêteur a besoin d'être notariée comme celle de l'emprunteur : l'article 2127 dit bien que l'hypothèque doit être *consentie* par acte notarié, mais ce mot peut à la rigueur s'entendre du seul consentement de l'emprunteur. On peut tirer argument en ce sens de l'article 932 qui décide que l'acceptation du donataire doit être manifesté dans un acte authentique, ce qui permet, étant donné le caractère exceptionnel de ce texte, de ne pas étendre la même exigence à la constitution d'hypothèque : d'où la conclusion que l'acceptation du créancier peut se produire de toute manière, fût-ce tacitement, par le fait qu'il a demandé l'inscription de l'hypothèque.

(1) Amiaud, *Formulaire*, t. III, p. 2, notes 5 et 6.

Le notaire peut-il accepter au nom du créancier absent?

Cette pratique, suivie dans notre ancienne jurisprudence, ne nous paraît pas possible sous l'empire de la loi de ventôse, car le notaire ne peut agir dans un seul et même acte en deux qualités différentes, comme notaire, et comme mandataire d'une des parties.

Dans l'usage, il est souvent donné mandat à un clerc de représenter le prêteur et d'accepter en son nom, mais cette pratique n'est pas recommandable, le clerc n'étant le plus souvent qu'un prête-nom.

Parfois à côté du nom du créancier doit figurer une autre mention, quand le titre est négociable au porteur ou à ordre : l'acte constitutif doit alors être rédigé en brevet. La jurisprudence admet la validité de ces constitutions d'hypothèque à ordre ou au porteur.

Viennent ensuite la reconnaissance de la dette ou l'acte d'emprunt, la mention des intérêts qui ne doivent pas dépasser le taux de 5 % en matière civile, et les conventions relatives au remboursement.

Le notaire, en vertu de l'article 2132 qui consacre le principe de la spécialité de la créance hypothécaire, doit avoir soin de bien préciser celle-ci : lorsque l'obligation consiste, comme il arrive le plus souvent, en une somme d'argent déterminée, il en indiquera le montant ; — lorsqu'il s'agit d'une obligation de faire, on pourra l'individualiser en précisant le fait à accomplir, et sans avoir besoin d'en évaluer le montant. En tout cas, il est néces-

saire d'indiquer les termes et conditions dont la créance peut être affectée.

Le notaire devra également respecter le principe de la spécialité quant au gage hypothécaire, c'est-à-dire :

- 1° Indiquer la nature des immeubles hypothéqués ;
- 2° Indiquer leur situation.

En première ligne, il convient d'indiquer la nature de tous et de chacun des immeubles hypothéqués : l'article 2148 déclare qu'il faut désigner leur *espèce*, c'est-à-dire qu'on indiquera les qualités susceptibles d'individualiser cet immeuble, propriété bâtie ou terres labourables, bois, prés, vignes, etc...; il sera bon également de donner approximativement la contenance de chacun.

En second lieu, il faudra indiquer la situation des biens hypothéqués, c'est-à-dire, non seulement la commune où ils sont situés, mais encore leurs tenants et aboutissants (1).

Lorsque l'hypothèque porte sur une ferme ou un domaine, est-il nécessaire d'indiquer séparément chacune des parcelles qui les composent ? L'opinion générale est que cela n'est pas nécessaire, le domaine ou la ferme étant considérés comme constituant une sorte d'universalité de fait.

Lorsque l'emprunteur hypothèque tous ses immeubles

(1) La jurisprudence se montre assez facile sur ce point. *Req.* 27 novembre 1893 (S. 94 1. 349).

situés dans la commune, l'arrondissement ou le département sans autre désignation, l'hypothèque est-elle valablement constituée ?

Nous ne le croyons pas, la nature des biens n'étant pas indiquée. Mais si la constitution est faite en la forme suivante : « A la sûreté de ladite créance, le débiteur
« affecte et hypothèque tous les immeubles qu'il possède
« dans la commune de X..., consistant en maisons,
« manufactures, terres labourables, bois, prés, vignes,
« et autres propriétés, de quelque nature qu'elles
« soient » — la jurisprudence estime que l'indication de la nature et de la situation des biens est suffisamment faite (1).

Les auteurs les plus récents se prononcent en sens contraire (2), car cette opinion leur paraît contraire au texte même de l'article 2129, qui exige que l'on déclare *spécialement* la nature et la situation de *chacun* des immeubles et qui ajoute : « *chacun* de tous les biens présents peut
« être *nominativement* soumis à l'hypothèque. »

Elle leur paraît également contraire à l'esprit de la loi, le principe de la spécialité ayant pour objet de détourner le débiteur de la tentation de consentir des hypothèques trop étendues, et de prévenir dans un but de crédit public

(1) Cass., 12 mars 1867 (S. 67. 4. 221) ; Cass., 25 novembre 1868 (S. 69. 4. 428) ; Cass., 12 novembre 1890 (S. 91. 4. 199) ; Cass., 27 novembre 1893 (S. 94. 4. 349).

(2) Planiol, t. II, n° 2803 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, n° 1375.

les entraves que des hypothèques semblables apporteraient au principe de la libre circulation des biens.

La sanction de la règle de la spécialité étant la nullité de l'hypothèque, les notaires, pour remplir le rôle que leur a confié la loi, devront à notre avis ne jamais manquer de désigner chacun des biens hypothéqués d'une manière spéciale, et isolément, avec autant de précision qu'il leur sera possible.

Il sera nécessaire, pour ce faire, d'établir séparément l'origine de chacun des biens hypothéqués : la propriété de chacun de ces biens devra être établie en remontant à trente ans au moins ; et dans cette partie de l'acte on fera bien de donner soigneusement l'analyse des titres des diverses acquisitions ou mutations, énoncer l'accomplissement des formalités de purge et indiquer les quittances des prix qui ont été payés ; nous avons vu précédemment quelles recherches le notaire doit faire à ce sujet.

Ensuite l'acte devra contenir la situation hypothécaire des biens : cette situation, examinée avant la rédaction de l'acte par le notaire guide et conseil des parties, devra être consignée par écrit, de même que les déclarations faites quand les parties ont dispensé ledit notaire de tout soin à cet égard. Les recherches ont porté principalement sur les hypothèques occultes, sur les privilèges de vendeurs précédents, sur le privilège de la séparation des patrimoines qui peut être inscrit pendant six

mois, sur le privilège du co-partageant qui peut être inscrit pendant soixante jours.

Puis le notaire insère dans l'acte une clause formelle de subrogation à l'hypothèque de la femme quand l'emprunteur est marié.

A la suite vient une clause, qui a aujourd'hui perdu beaucoup de son importance, et qui est relative à l'assurance des biens hypothéqués. La loi du 19 février 1889, en effet, a supprimé l'utilité d'une délégation des créanciers hypothécaires dans l'indemnité d'assurance ; celle-ci étant la représentation, non de l'immeuble, mais des primes, une cession du droit à l'indemnité avait paru nécessaire pour reporter sur cette dernière le droit de préférence donné par l'hypothèque. Aujourd'hui cette délégation expresse n'est plus nécessaire, l'article 2 de la loi de 1889 le dit formellement.

Toutefois le notaire aura ici encore un rôle à jouer : il devra conseiller au prêteur d'exiger l'assurance de l'immeuble, demander le nom de l'assureur, le numéro de la police, veiller à ce que celle-ci soit faite pour une durée égale à celle du prêt, faire autoriser le créancier, en cas de cessation de l'assurance, à en contracter lui-même une nouvelle.

Si l'argent a été versé par le prêteur à l'emprunteur en sa présence, le notaire devra le consigner dans l'acte : cette déclaration, destinée à assurer la sincérité de l'acte, faisant foi jusqu'à inscription de faux, il ne saurait travestir la vérité sans gravement manquer à ses devoirs.

Une élection de domicile est généralement faite en l'étude du notaire.

Enfin l'acte est revêtu des signatures des parties, et si l'une d'elles ne sait pas signer, il est nécessaire de faire appel à un second notaire ou à deux témoins.

§ 3. — Rôle du notaire après la rédaction de l'acte.

Le premier soin du notaire, lorsque l'acte a été rédigé, doit être de le porter à l'enregistrement ; l'article 33 de la loi de frimaire an VII leur en fait une étroite obligation.

Mais la validité de l'obligation hypothécaire n'est nullement subordonnée à l'accomplissement des formalités d'enregistrement, car la loi du 5 décembre 1790 déclarant que : « à défaut d'enregistrement dans les délais, un acte passé devant notaire ne pourra valoir que comme acte sous seing privé », a été abrogé par la loi de frimaire an VII.

Le notaire devient en même temps gardien de la minute ; si deux notaires sont intervenus, c'est le notaire du créancier ou du prêteur qui a la garde de la minute : cette solution, consacrée par l'article 36 du règlement des notaires de Paris (27 avril 1847), se justifie par cette considération que c'est le créancier qui a le plus grand intérêt à l'acte ; un pareil usage, d'ailleurs, ne saurait s'imposer au débiteur comme une loi (1).

(1) Cass., 3 juillet 1844 (S. 44. 1. 669).

Il arrive fort souvent que les fonds soient déposés chez le notaire, et que celui-ci doive les remettre à l'emprunteur. Cette situation se présente, soit que les fonds proviennent d'un remboursement déjà effectué dans l'étude et pour lequel celui qui touche, cherchant immédiatement un nouveau placement hypothécaire, juge les fonds en sûreté chez le notaire, jusqu'au jour où ce placement aura été trouvé, — soit que le placement soit fait à la suite d'une obligation de remploi, auquel cas celui qui a versé exige pour sa libération que les fonds restent chez le notaire jusqu'au moment du remploi, ce qui assure l'exécution de celui-ci, — soit encore que le placement soit effectué pour rembourser d'anciens créanciers en obtenant subrogation dans leurs hypothèques, ce qui pousse le prêteur à confier les fonds au notaire pour qu'il les remette lui-même aux personnes à qui le prêteur doit être subrogé; soit enfin, ce qui est l'hypothèse la plus simple, que le prêteur ne veuille se dessaisir des fonds au profit de l'emprunteur, qu'à partir du moment où les formalités d'inscription auront été remplies, en sorte qu'il aura la certitude qu'aucune inscription primant la sienne n'aura été prise entre le moment du prêt et le moment où il a fait lui-même sa publicité. Les fonds sont alors déposés chez le notaire qui doit les remettre à l'emprunteur quand les dernières formalités auront été remplies.

Ces diverses opérations, quoi qu'en dise la jurispru-

dence (1), ne constituent nullement le notaire mandataire des parties. Dans toutes les hypothèses que nous avons envisagées, en effet, il est dans le rôle normal et naturel du notaire de prêter son concours absolu pour assurer l'entière efficacité de l'acte; or, si les fonds ne lui étaient pas remis, à lui, notaire, il y aurait à craindre que l'emprunteur n'en soit mis en possession avant que l'efficacité du prêt ne soit certaine; le notaire, qui se trouve légalement désigné pour remplir les fonctions d'arbitre entre les parties, est légalement qualifié pour recevoir les fonds en dépôt.

Si nous ne sommes pas, en principe, partisans de l'opinion qui admet l'existence de contrats entre le notaire et ses clients, nous sommes bien obligés de reconnaître qu'un dépôt existe forcément en pareille hypothèse; mais le dépôt est un contrat réel, il se forme par la remise des fonds qui entraîne l'obligation de restituer. Dès lors qu'il y a versement de deniers, il en résulte pour le notaire obligation d'en rendre compte; mais ce dépôt n'est que l'accessoire des fonctions du notaire, il se rattache étroitement au rôle joué par lui dans le prêt hypothécaire.

Nous en déduisons une conséquence immédiate : c'est que le notaire, s'il a reçu les fonds, alors même que le contrat n'aurait rien spécifié à cet égard, devra cependant ne remettre les deniers à l'emprunteur qu'après

(1) Riom, 23 octobre 1888 (D. 89. 2. 279).

s'être assuré que les formalités dernières ont été remplies. Ce n'est donc pas parce qu'il a reçu un mandat qu'il doit agir ainsi, mais simplement parce qu'il n'a touché les fonds qu'en qualité de notaire, et que cette qualité même, qui seule explique la présence de l'argent entre ses mains, lui fait un devoir d'assurer au prêt réalisé par son intermédiaire, toute son efficacité.

De cette idée qu'en principe le notaire ne contracte pas avec ses clients, que le dépôt n'est ici permis que comme contrat réel, rendu indispensable comme l'accessoire forcé des fonctions notariales, nous trouvons une confirmation, très puissante à nos yeux, dans le décret du 30 janvier 1890, complétant l'ordonnance du 4 janvier 1843 relative au notariat.

Avant cette ordonnance, en effet, les notaires recevaient très fréquemment des dépôts, plaçaient les fonds de leurs clients, et servaient des intérêts à ceux-ci ; cet usage présentait de nombreux inconvénients : tout d'abord, tous les dangers inhérents aux conventions passées entre les notaires et leurs clients, conventions susceptibles de créer des catégories dans la clientèle, d'enlever au notaire de son indépendance, d'établir dans le notariat des distinctions multiples dans les usages de la compagnie, de nuire par suite à l'unité même de cette compagnie ; en outre les dépôts présentaient en eux-mêmes plus de dangers que les autres conventions, ils éveillaient la tentation périlleuse de spéculer sur les fonds déposés pour leur faire produire des intérêts plus élevés

que ceux versés au client; c'était là une des raisons qui souvent conduisaient les notaires et leurs déposants à la ruine.

Il faut rattacher au désir de mettre un terme à des faillites scandaleuses, le décret du 30 janvier 1890, qui a réglementé les dépôts reçus par les notaires et leur comptabilité. En vertu de ce décret, il est interdit aux notaires : 1° de recevoir ou conserver des fonds à charge d'en servir l'intérêt; 2° d'employer même temporairement les sommes ou valeurs dont ils sont constitués détenteurs à un titre quelconque, à un usage auquel elles ne seraient pas destinées.

Mais en même temps que le décret essaye de faire disparaître la pratique des dépôts, dangereux parce que n'étant rattachés ni de près, ni de loin aux fonctions notariales, il a été contraint de reconnaître la nécessité des dépôts lorsque ceux-ci sont rendus obligatoires par l'exercice même de la profession; l'exemple le plus remarquable de semblables dépôts a justement lieu en cas de prêt hypothécaire. Nous avons exposé leur utilité, leur nécessité même. Aussi a-t-on été obligé d'autoriser ces dépôts, mais pour empêcher que, sous le couvert de cette autorisation, on ne tournât le décret, on défend de les garder plus de six mois; passé ce délai les fonds devront être remis à la Caisse des Dépôts et Consignations, sauf le droit de les conserver pour une nouvelle période de six mois, sur la demande écrite des parties. Enfin, le décret organise tout un système de comptabilité destiné à

assurer, par le contrôle des livres de comptes, le respect de ses prohibitions. Le délai de six mois sera plus que suffisant dans la plupart des cas pour permettre au notaire de remplir les formalités nécessaires avant la remise définitive des deniers à l'emprunteur.

Ainsi les dépôts ne sont plus autorisés aujourd'hui que lorsqu'ils se relient étroitement aux fonctions notariales, que le notaire ne sert pas d'intérêts, et fait emploi des fonds pour le compte, au nom des clients : dans cette limite seule, il rentre dans le rôle du notaire.

Nous avons dit que le délai de six mois était en général plus que suffisant pour permettre au notaire de remplir les formalités qui précèdent la remise des fonds à l'emprunteur. Cependant l'obtention d'un état demandé au Conservateur au moment où l'on prend inscription du chef du prêteur peut nécessiter un temps assez long ; d'autre part l'emprunteur peut avoir de son argent, un besoin immédiat, sous la pression duquel il s'est justement décidé à emprunter.

Pour concilier ces deux oppositions, la pratique notariale opère de la manière suivante : le notaire, en même temps qu'il fait inscrire l'hypothèque et requiert l'état, demande au premier commis des hypothèques un *renseignement préalable*, c'est-à-dire une note du premier commis, non signée, n'ayant aucune valeur juridique, mais indiquant sommairement si l'état hypothécaire est conforme aux déclarations de l'emprunteur, et délivrée dans un très bref délai, bien avant que l'état officiel ne soit

prêt ; cette pièce est d'ailleurs remise moyennant rétribution. Le notaire, sur la foi de ce renseignement, peut délivrer de suite les fonds : en effet, il est bien improbable que le renseignement officiel ne vienne pas confirmer le renseignement préalable, puisque tous les deux sont tirés des mêmes registres. Toutefois, nous devons signaler à ce sujet une décision de la cour de Rouen du 1^{er} avril 1899 qui a statué dans les circonstances suivantes (1) :

Un notaire avait remis les fonds à l'emprunteur sur le vu du *Renseignement préalable* portant la mention « Rien ». Le certificat authentique portait la même mention ; il y avait en réalité une hypothèque primant le prêteur et qui avait été omise. Le prêteur assignait le notaire en responsabilité : celui-ci répondait que s'il avait attendu le certificat authentique, il aurait quand même délivré les fonds et que le prêteur aurait toujours subi la même perte, donc que sa hâte ne lui avait pas été préjudiciable. A quoi le prêteur répliquait qu'en pareil cas, il aurait eu au moins une action en responsabilité contre le conservateur : celui-ci était mis hors de cause parce que ce n'était pas sur le vu de son état définitif que les fonds avaient été délivrés, et le notaire qui l'avait libéré par sa hâte, devait endosser sa responsabilité.

De pareilles situations se trouvant être infiniment rares et improbables, le notaire, quand il y aura des raisons sérieuses et fortes justifiant la hâte de l'emprun-

(1) *Journal des notaires*, 1899, n° 26928.

teur de toucher, au moment du renseignement préalable et avant l'état authentique pourra selon nous se libérer sans attendre ce dernier, les risques qu'il court étant infiniment minimes.

Lorsque le notaire a reçu les fonds à charge par lui de les remettre à certaines personnes, son rôle est alors de s'assurer que cette remise est faite à ceux-là mêmes qui sont visés dans l'acte ; ainsi, chargé d'employer les fonds prêtés à payer avec subrogation en premiers privilèges et hypothèques, il doit payer ceux qui priment les autres, et notamment il ne doit pas verser les fonds au vendeur de l'immeuble, au lieu de les verser aux créanciers inscrits du chef de ce dernier, dont les hypothèques primaient le privilège (1). Il doit en outre en pareil cas exiger à l'instant même une quittance subrogative (2).

A qui appartiennent les deniers ainsi versés au notaire pour qu'il en fasse remise à qui de droit ? Selon nous, l'emprunteur en devient immédiatement propriétaire par suite d'une tradition feinte, il est réputé avoir reçu les deniers par l'intermédiaire du notaire, qui est dans son rôle professionnel en les touchant pour le compte de l'emprunteur. Les fonds lui sont remis avec une intention translatrice au profit de l'emprunteur ; celui-ci a eu intention d'en devenir propriétaire, et il les possède par l'intermédiaire du notaire. La remise translatrice peut

(1) Cass., 19 juillet 1854 (D. 55. 4. 25).

(2) Orléans, 10 janvier 1850 (D. 51. 2. 124).

être considérée comme réalisée (1). Toutefois, si les justifications hypothécaires ne sont pas fournies conformes aux déclarations faites par l'emprunteur, le notaire ne doit pas lui remettre les fonds ; doit-il les rendre au prêteur ? Il ne semble pas, puisque l'emprunteur en est devenu propriétaire, que le notaire puisse prendre un tel parti : il doit, ou obtenir amiablement, ou faire judiciairement, prononcer la résolution du contrat (2).

La question de savoir à qui appartient la propriété des deniers laissés entre les mains du notaire, présente de l'intérêt en cas de faillite du notaire, et en cas de faillite du prêteur. Si l'emprunteur est devenu propriétaire des deniers et que le notaire devienne insolvable, l'emprunteur ne peut recourir contre le prêteur pour le contraindre à payer une seconde fois (3). De même si le prêteur tombe en faillite, le syndic ne peut pas réclamer les fonds au notaire, puisqu'ils sont devenus définitivement la propriété de l'emprunteur. A plus forte raison les fonds déposés au bout de six mois à la caisse des dépôts et consignations sont-ils la propriété du client. Cette question présente également de l'intérêt pour le cas où le prêteur ferait avant la fin des vérifications hypothécaires défense au notaire de verser les fonds à l'emprunteur (4).

(1) Paris, 13 décembre 1865 (*Rev. not.*, n° 1499, *add. Rev. not.*, n° 2155, note 1).

(2) Cass., 2 mars 1868 (*Rev. not.*, n° 2155).

(3) Cass., 7 mars 1842 (S. 42. 1. 207).

(4) Cass., 9 avril 1895 (S. 97. 1. 15).

Le notaire ne doit pas tenir compte d'une pareille opposition, parce qu'il n'est pas le représentant d'une partie plus que de l'autre, il réunit les deux intérêts distincts en lui, et sortirait de son rôle en se mettant au service d'un seul de ses clients. La solution ne serait pas différente si chacune des parties avait un notaire spécial pour la représenter, parce qu'alors les fonds seraient remis au notaire de l'emprunteur qui n'aurait pas à tenir compte de l'opposition du prêteur avec qui il ne serait pas en relations.

On s'est demandé si le notaire jouait ou non le rôle de dépositaire nécessaire, mais cette question ne présente d'intérêt qu'au point de vue de la preuve du dépôt (1); or en notre matière presque toujours la mission du notaire sera mentionnée par écrit dans l'acte de prêt.

On a également remarqué que le dépôt était salarié, et que l'on pouvait considérer le notaire comme s'étant offert lui-même pour le recevoir ; ce sont aux termes de l'article 1928 deux causes d'extension de la responsabilité du dépositaire.

§ 4. — Rôle du notaire dans la prise d'Inscription et les Renouvellements hypothécaires.

Les auteurs et la jurisprudence sont à peu près unanimes sur ce point : que les notaires, n'étant chargés par

(1) Doublet, *De la responsabilité des notaires*.

la loi de ventôse an XI que de recevoir les actes, ne sont pas obligés à procéder aux formalités postérieures à ces actes ; d'après l'opinion commune, le rôle des notaires serait terminé, l'acte une fois parachevé.

A vrai dire la pratique donne un démenti très net à cette vue théorique : dans l'immense majorité des cas en matière hypothécaire, pour ne pas sortir de la matière spéciale qui nous occupe, les notaires prennent les inscriptions et les renouvellent. Pourquoi le font-ils si souvent, si cela est en dehors de leur rôle ? On croit se tirer de cette contradiction en faisant intervenir une fois de plus l'idée de mandat. Le notaire recevrait des parties, une fois sa mission légale terminée, un mandat qui y ajouterait un rôle nouveau, celui de prendre les inscriptions et d'en effectuer le renouvellement. Mais l'idée du mandat nous paraît se heurter à des objections décisives.

Tout d'abord, dans les formulaires, on ne trouve aucune clause usuelle rappelant le mandat donné au notaire ; on ne trouve que ces mots : « *Pour l'exécution des présentes, les parties font élection de domicile à...* » Nous allons donc nous heurter à toutes les difficultés de preuve que nous avons déjà rencontrées, et qui nous portent à croire que la plupart du temps, un mandat si bien caché n'existe pas.

Mais allons plus loin, recherchons comment est prise l'inscription. Il n'est pas dans l'usage de signer les bordereaux d'inscription (1), n'importe qui peut prendre

(1) Amiaud, t. II, p. 387.

une inscription au nom du créancier ; dès lors pour inscrire une hypothèque, il n'est nul besoin d'être un mandataire, d'avoir reçu une mission spéciale à cet effet ; c'est d'ailleurs ce qui se passe journellement : les notaires requièrent les inscriptions hypothécaires sans en avoir été formellement chargés.

Dira-t-on du moins, qu'ils sont alors les gérants d'affaires des prêteurs ? Ici encore nous sommes arrêtés par cette considération importante : ce qu'il importe de savoir, c'est si le notaire accomplissant cet acte, agit pour remplir ou non une obligation, qu'elle soit légale ou conventionnelle.

Si nous écartons l'idée d'une obligation véritable, il en résultera que le notaire n'a pu faire qu'un acte profitable et qu'il n'a jamais engagé sa responsabilité. Puisqu'il n'était pas tenu d'inscrire, son action ne peut lui être reprochée pas plus que ne l'aurait été son abstention, laquelle aurait conduit à l'inexistence de l'hypothèque ; une inscription même mal prise ne peut donc être plus nuisible qu'un défaut absolu d'inscription. Sans doute le gérant d'affaires, quoique non tenu d'intervenir dans les affaires d'autrui, peut être déclaré responsable d'une mauvaise gestion, mais cela tient à ce qu'il intervient dans des droits déjà existants, et qu'alors son abstention eût été préférable, parce que la situation a pu être aggravée par son activité, ce qui existait a pu être compromis par lui. En matière hypothécaire au contraire, comme l'hypothèque est sans effet avant l'inscription, l'interven-

tion pour prendre inscription ne peut jamais être préjudiciable, l'intéressé n'avait qu'à en prendre une de son côté.

Ainsi donc on ne peut dire que le notaire agisse comme mandataire ou comme gérant d'affaires quand il inscrit l'hypothèque : pour le mandat i. faudrait une convention formelle qui, la plupart du temps, nous l'avons vu, n'existe pas ; quant à la gestion d'affaires, il n'y a à en tirer au point de vue juridique, aucune conséquence.

Il est donc préférable de faire intervenir ici sur le rôle du notaire, une idée plus féconde, en recourant encore une fois à la notion de ses devoirs professionnels vis-à-vis de ses clients : ce n'est ni comme mandataire, ni comme gérant d'affaires, mais simplement comme notaire, que celui-ci requiert les inscriptions.

Nous serions tout à fait portés, contrairement à l'avis général, à admettre que la prise d'inscriptions fait partie intégrante du rôle de notaire ; il est chargé, nous l'avons dit, d'assurer à l'hypothèque toute son efficacité ; or, à quoi cette exigence servirait-elle, si l'hypothèque, valable par ses soins, se trouve dépourvue d'efficacité parce qu'elle n'a pas été rendue publique ? Cela est si bien dans le rôle des notaires, qu'en fait ils s'en chargent presque toujours, quoique n'en ayant pas assumé expressément l'obligation. Si l'on dit qu'ils le font sans en être tenus, on est conduit à déclarer qu'une inscription mal prise n'entraîne pas leur responsabilité, et la jurisprudence est amenée une fois de plus à invoquer l'idée de mandat : et alors comment le prouve-t-elle ?

En tombant dans les plus singulières et les plus diverses affirmations. N'est-il pas plus simple, et surtout plus véridique, de prononcer que les fonctions du notaire l'obligent à prendre l'inscription, à moins que les parties ne l'en aient expressément déchargé ? On évite ainsi de formuler comme une exception ce qui, dans la pratique journalière est la règle communément suivie. C'est ce que dit excellemment M. Planiol (1) :

« Comme cette habitude est très répandue, il se peut
 « qu'elle se transforme bientôt en une sorte d'usage ou de
 « droit coutumier qui, ajoutant aux dispositions du droit
 « positif exprimé par la loi de Ventôse, imposera une
 « obligation de plus aux notaires.

« Si la jurisprudence se fixe définitivement en ce sens,
 « le principe contraire, proclamé tant de fois par la Cour
 « de cassation, ne sera plus désormais qu'une formule
 « vaine, on pourra dire que le droit aura changé sur ce
 « point, car la règle sera renversée. »

La prise d'une inscription est délicate, elle nécessite des connaissances juridiques, les indications qu'il convient de faire figurer dans les bordereaux sont justement celles qui résultent des pièces aux mains du notaire ; cette inscription doit être prise le plus tôt possible, le notaire qui détient encore les titres, est par suite tout qualifié pour remplir cette formalité.

Lorsqu'il le fait, il obéit selon nous au vœu de la loi, il

(1) Note dans Dalloz, 1901. 2. 201.

agit dans l'exercice de ses fonctions, il est donc responsable des fautes ou des erreurs qu'il peut commettre puisqu'il rend un service auquel il est tenu, et non pas un service purement volontaire.

De nombreuses décisions ont consacré cette responsabilité mais en la rattachant à l'idée de mandat. On peut relever ainsi une série de décisions basant la responsabilité du notaire sur la nullité de l'inscription pour défaut de mention dans le bordereau de l'acte constitutif d'hypothèque (1), ou pour défaut de mention de la date ou de la nature de cet acte (2), ou pour prise d'inscription dans un bureau autre que celui où se trouvait l'immeuble hypothéqué (3), ou pour omission de la mention de l'exigibilité (4), ou pour interposition des noms du créancier et du débiteur dans les bordereaux (5).

Enfin quand le prêteur est subrogé dans l'hypothèque légale de la femme de l'emprunteur, le notaire doit, conformément à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, prendre l'inscription requise par cette loi (6).

Chargé selon nous de prendre inscription, est-il également dans son rôle professionnel de renouveler ces inscriptions tous les dix ans ? Ceux pour qui il n'est pas

(1) Nîmes, 5 février 1849 (D. 50. 1. 267).

(2) Cass., 9 août 1836 (S. 37. 1. 161).

(3) Paris, 26 janvier 1872 (*Rev. not.*, n° 4110); Cass., 25 novembre 1872 (*Rev. not.*, n° 4303).

(4) Cass., 2 mai 1882 (*J. not.*, art. 22902).

(5) Joigny, 17 mars 1859 (D. 59. 3, 46).

(6) Rennes, 21 février 1893 (D. 94. 2. 442).

tenu des formalités décident *a fortiori* qu'il n'est pas obligé de renouveler l'inscription alors qu'il n'était pas dans son rôle de la prendre. Toutefois en pratique les notaires renouvellent souvent les inscriptions, ou du moins, il ont dans leurs études, un registre dit de « Formalités » sur lequel sont mentionnées les inscriptions qu'ils ont prises pour le compte de leurs clients, et ils leur demandent en temps utile s'il faut renouveler.

Lorsque le notaire a la grosse de l'obligation entre les mains, il doit savoir que le renouvellement est nécessaire, car c'est un signe que le capital n'a pas été remboursé; il doit donc faire le renouvellement. L'usage du notariat, dit un arrêt de la Cour d'Amiens du 18 mars 1909 (1), est que les notaires, quand ils ont été négociateurs du prêt, fassent les renouvellements. Nous croyons plutôt que l'obligation de renouveler est corrélative de l'obligation de prendre inscription. Seulement, quand le notaire n'est pas sûr que le capital n'est pas remboursé, il doit se contenter d'avertir le prêteur de l'échéance du renouvellement, et attendre ses ordres pour agir.

Comment le notaire saura-t-il que le renouvellement est nécessaire ?

D'abord s'il a la grosse. Mais même ne l'eût-il plus, il pourra également être renseigné, s'il a été chargé du service des intérêts (2).

(1) *Gaz. Pal.*, 5 mai 1909.

(2) Trib. civ. Briey, 24 février 1899 (*Rev. not.*, n° 10373).

Nous sommes ainsi conduits à étudier le rôle du notaire dans le paiement des intérêts.

A partir de ce moment, nous n'hésitons pas à le dire très nettement, nous croyons que les devoirs professionnels du notaire sont hors de cause, que sa mission est terminée ; ce n'est plus désormais comme notaire qu'il agit, puisqu'à partir du moment où il a donné à l'acte toute sa valeur par l'inscription prise en temps utile et renouvelée au besoin, il a rempli tout son rôle qui est d'assurer l'efficacité des actes pour lesquels son ministère est requis.

On est donc conduit à reconnaître que le notaire qui paye les intérêts et reçoit le paiement du capital agit comme mandataire des parties : c'est d'ailleurs là une situation regrettable, et à laquelle la considération des notaires n'a rien à gagner ; ils n'ont aucun avantage à se constituer comme agents d'affaires et à poursuivre des recouvrements.

Il serait préférable que les notaires se bornassent à désigner leur étude comme lieu de paiement des intérêts et du capital, il y aurait là une simple indication, et c'est ainsi, selon nous, qu'il convient d'interpréter la clause par laquelle il est fait élection de domicile en l'étude du notaire pour le paiement des intérêts et du capital ; mais il arrive souvent que le notaire se fait donner qualité pour recevoir intérêts et capital, et en donner quittance lui-même. C'est un procédé que nous jugeons fâcheux.

Nous pensons de même que le notaire sort de son rôle professionnel quand il s'agit pour lui de transmettre à ses clients les actes judiciaires, sommations et significations adressées à son étude où élection de domicile a été faite par les parties ; toutefois nous devons reconnaître que la pratique contraire est courante.

La stipulation que les intérêts seront payables en l'étude du notaire ne nous paraît pas comporter pour lui la mission de recevoir le paiement : c'est là un rôle exceptionnel à nos yeux pour le notaire, et la preuve qu'il en a été chargé doit être faite très régulièrement, sans laisser place à aucun doute. Si donc le notaire a reçu le paiement de l'emprunteur et qu'il tombe lui-même en déconfiture, le créancier doit avoir le droit de réclamer à l'emprunteur un second paiement.

La jurisprudence sur cette question est fort hésitante, parce qu'elle admet ici encore l'idée de mandat tacite, et qu'il y a une grande difficulté à préciser les preuves que l'on peut trouver de ce mandat tacite.

Pour nous, nous pensons qu'il faut un mandat tout à fait formel, il ne nous paraît pas pouvoir être tacite, et parce qu'il nous semble exceptionnel, et par suite non présumable, et parce qu'au fond il y a ici les mêmes raisons que dans la recherche des contractants, pour écarter le mandat tacite, les parties ayant donné à ce sujet, en réalité, un mandat exprès, mais dont la preuve n'est pas écrite. Nous exigerons donc la preuve du mandat de recevoir le paiement, conformément au droit commun.

La jurisprudence, au contraire, se contente d'un commencement de preuve par écrit autorisant l'admission de présomptions graves, précises et concordantes.

Mais en quoi consiste ce commencement de preuve par écrit et ces présomptions ?

D'après un assez grand nombre d'arrêts, la clause portant que pour exécution des paiements, élection de domicile est faite en l'étude du notaire, constitue un commencement de preuve par écrit (1). Il n'en serait pas de même de la clause dans laquelle il est dit que le paiement sera fait *au prêteur* en l'étude du notaire : cette dernière clause est de plus en plus répandue et c'est avec raison, selon nous, car le rôle du notaire ne doit pas être de toucher les capitaux et de poursuivre les remboursements pour ses clients ; si donc il est dit que le remboursement sera fait en l'étude du notaire, mais au prêteur, il ne peut y avoir là de commencement de preuve par écrit d'un mandat tacite.

Lorsque le commencement de preuve par écrit est établi, il convient, d'après la jurisprudence, de le compléter par des présomptions, telles que la détention de la grosse, le fait que le notaire a payé les intérêts, qu'il a été le

(1) Metz, 23 février 1864 (D. 64. 2. 220) ; Cass., 28 février 1885 (S. 90. 1. 325) ; Amiens, 11 avril 1889 (*Journ. aud. Amiens* 1889, p. 106) ; Trib. Niort, 17 mai 1895 (*Gaz. Trib.*, 29 août 1895) ; Cass., 14 janvier 1896 (D. 96. 1. 558) ; Cass., 7 novembre 1899 (D. 99. 1. 563) ; Bayonne, 6 juin 1903 (*Pand. franç.*, 1906. 2. 70).

négociateur du prêt, etc.... Une seule de ces présomptions non accompagnée d'autres, pourrait ne pas être jugée suffisante (1). Le fait que le notaire a remis la grosse à l'emprunteur, ne serait une présomption de libération en faveur de ce dernier qu'autant qu'il serait démontré qu'il avait reçu mission du prêteur de recevoir le paiement et de donner quittance (2).

De même que le notaire, selon nous, n'a pas en principe mission de recevoir le capital, son rôle ne comporte pas non plus la demande d'une mainlevée, ou l'obtention d'une radiation (3). Mais cependant une erreur commise par lui, quand il intervient dans ces actes, entraîne sa responsabilité (4).

(1) Bordeaux, 21 décembre 1905 (*Gaz. Pal.* 1906. 2. 61).

(2) Cass., 14 janvier 1896 (D. 96. 1. 558).

(3) Colmar, 3 mars 1847 (S. 50. 2. 48).

(4) Lyon, 13 avril 1832 (S. 33. 2. 393); Cass., 7 janvier 1878 (D. 78. 1. 158); Trib. Seine, 20 février 1889 (Defrenois, n° 5060); Orléans, 8 août 1899 (D. 92. 1. 221).

CHAPITRE IV

DE QUELQUES QUESTIONS ACCESSOIRES

Nous venons de passer en revue toutes les phases d'un prêt hypothécaire, et nous avons essayé de dégager le rôle joué par le notaire dans chacune d'elles : il nous reste pour compléter cette esquisse, à dire quelques mots de questions accessoires au prêt lui-même, qui, pour ne pas intéresser directement notre sujet, en dépendent cependant à des degrés plus ou moins proches. Ainsi après avoir brièvement indiqué la part du secret professionnel dans un prêt hypothécaire, et le rôle, très rare, du notaire, commis par justice, nous examinerons la questions de la Réforme hypothécaire dans ses rapports avec les notaires, pour terminer par quelques aperçus sur le crédit agricole envisagé au point de vue du prêt hypothécaire.

§ 1. — Le secret professionnel et les prêts hypothécaires.

Comme nous l'avons vu, les obligations du notaire en matière de prêts hypothécaires découlent selon nous, non

d'un mandat qui lui serait confié, mais de son rôle professionnel.

Dès lors, nous sommes portés à croire le notaire tenu en cette matière au secret professionnel, puisque c'est moins comme mandataire que comme notaire qu'il reçoit les confidences des parties : en tout cas et à supposer que même comme mandataire il soit tenu au secret, notre conception lui fait de cette obligation un devoir encore plus étroit.

Il semble pourtant que cette idée de secret professionnel soit incompatible avec le rôle du notaire en matière de prêts hypothécaires : si le notaire a déjà reçu des prêts sur les mêmes immeubles, s'il connaît leur situation hypothécaire, c'est en vertu de son rôle de notaire : il peut être préjudiciable à l'emprunteur de dévoiler sa véritable position. Et pourtant, le notaire doit s'enquérir de la situation hypothécaire des biens et révéler au prêteur ce qu'il est en mesure de connaître ; comment concilier ces obligations opposées ?

Cette contradiction ne nous paraît pourtant pas insoluble.

Le notaire doit prendre l'emprunteur à part, exiger de lui qu'il fasse dans l'acte une déclaration sincère, relative à ses immeubles : si l'emprunteur s'y refuse, comme le notaire ne peut se rendre complice d'un stellionnat, et comme d'un autre côté il ne peut trahir son client, il devra simplement refuser de prêter son concours à l'acte ; l'emprunteur en face de cette attitude n'hésitera pas.

Cependant si on voulait contraindre le notaire à servir d'intermédiaire, alors il pourra sans préciser faire connaître au Procureur de la République les motifs de son refus, en disant simplement que son client se refuse à faire connaître sa véritable situation. A ceux qui objecteront que cette abstention peut être nuisible à son client, nous répondrons que c'est celui-ci qui, en persistant dans un stellionnat coupable, s'y expose de lui-même. En cette matière, les notaires doivent user de prudence et ménager les intérêts de toutes les parties.

§ 2. — Rôle du notaire commis par justice.

Il existe dans l'opinion courante une différence considérable entre le rôle du notaire choisi par les parties, et le rôle du notaire commis par justice dans la matière des prêts hypothécaires : le premier en effet peut joindre à sa qualité de rédacteur de l'acte une qualité de mandataire qui manquera forcément au second.

Cette différence, nous ne l'admettons pas, car pour nous les obligations qui s'imposent au notaire en matière de prêts hypothécaires sont des obligations, non pas conventionnelles en partie et professionnelles en partie, mais bien exclusivement professionnelles.

Remarquons d'ailleurs que l'importance pratique de ce débat est des plus minimes, les notaires étant très rare-

ment commis par la justice en matière de prêts hypothécaires.

§ 3. — Les notaires et la Réforme hypothécaire.

De cette étude purement juridique, quelles conclusions tirer ? quelles critiques formuler ? quelles réformes proposer ? Le devoir du notaire nous apparaît comme singulièrement complexe, soit qu'on le fasse découler du rôle professionnel, soit qu'on l'appuie de l'idée de mandat. Assurer l'efficacité d'un prêt hypothécaire est une œuvre délicate, et les décisions innombrables qui ont proclamé la responsabilité notariale sont une preuve qu'on n'y réussit pas toujours.

Serait-il possible de simplifier cette tâche, et quelle influence pourrait avoir sur le rôle des notaires en matière hypothécaire la réforme projetée de notre régime des hypothèques ? Voilà ce que nous allons chercher à solutionner.

Et d'abord, cette réforme hypothécaire, en quoi consiste-t-elle ?

Par décret du 30 mai 1891, le Gouvernement avait nommé une commission extra-parlementaire, dite « du cadastre », obéissant ainsi à un vœu de la Chambre des Députés qui votait le 2 décembre 1890 un crédit de un million pour les études nécessitées par la réforme du cadastre. — Dans la pensée du Gouvernement, il con-

venait d'établir la réforme sur la base de la réfection du cadastre et de l'établissement des livres fonciers : la réforme hypothécaire devenait ainsi un corollaire de la refonte générale de notre système des droits réels immobiliers.

C'est ainsi que l'a compris la commission.

Ses longs travaux terminés le 16 mars 1905, après plus de treize années d'études, ont abouti à trois avant-projets, l'un sur la réfection ou la revision, et la conservation du cadastre, le second sur les privilèges et hypothèques, le dernier sur l'institution des livres fonciers. L'énorme somme de travail fournie par cette commission est contenue dans neuf volumes publiés par l'Imprimerie Nationale : malheureusement ces trois avant-projets, au lieu d'avoir été déposés, sont restés dans les cartons du Ministère des Finances.

Concurremment à ces travaux de la commission du cadastre, le Ministère de la Justice, s'inquiétant, lui aussi, de la réforme hypothécaire, avait chargé, par deux circulaires de M. Darlan (1894 et 1895), le Comité des notaires des départements de rédiger un avant-projet sur la question. Et c'est en s'aidant : 1° de cet avant-projet ; 2° et d'un avant-projet antérieur, daté du 2 juin 1892, lequel du reste ne parle pas encore de livres fonciers, que M. Darlan, garde des sceaux, édifia son projet, actuellement soumis aux Chambres, voté par l'une d'elles, et déposé sur le bureau du Sénat, le 27 octobre 1896 (1).

(1) *Journ. off.*, Documents du Sénat, 1896, p. 332.

Ce projet, qui reproduit des articles entiers de l'avant-projet de 1892, ne contient qu'une très minime partie des réformes adoptées par la commission du cadastre : d'une inspiration toute autre, il ne s'occupe ni des livres fonciers, ni du cadastre, et demande seulement deux transformations intéressantes :

La suppression de l'hypothèque judiciaire ;

La publicité de toutes les hypothèques, même légales.

Pour ce qui est du cadastre, une loi d'attente du 17 mars 1898, due à l'initiative de M. Boudenoot, en a réglementé la revision facultative par les communes.

Les deux réformes du projet Darlan ont encore paru trop hardies, elles ont disparu du texte voté par le Sénat le 3 décembre 1908 (1), et commenté dans le rapport de M. Violette à la Chambre des Députés (2).

Dès lors le projet, qui se borne à des points de détail, ne touche en rien au rôle des notaires dans les prêts hypothécaires, il ne simplifie en rien leur tâche.

Tout autre eût été le résultat produit par les avant-projets qu'avait votés la commission extra-parlementaire du cadastre : il s'en serait suivi des changements profonds dans les habitudes du notariat, changements auxquels on peut attribuer le manque d'empressement avec

(1) *J. off.*, Débats, 3 décembre 1908.

(2) *J. off.*, Chambre, Documents. 1909, p. 36.

lequel les représentants du notariat dans la commission ont adopté ces projets (1).

Si nous partons de ce point de vue qu'une réforme complète et sérieuse du régime hypothécaire est aujourd'hui indissolublement liée à l'Institution des Livres fonciers, liée elle-même à la réfection du cadastre, c'est sur les avant-projets de la commission extraparlamentaire qui seuls tiennent compte de l'unité de cette trilogie, que nous baserons notre recherche de la répercussion de la réforme hypothécaire sur le rôle des notaires en matière de placements avec hypothèque.

Il nous paraît que cette réforme aurait un double résultat : elle augmenterait pendant quelque temps le rôle des notaires, mais au bout d'un certain nombre d'années, ce rôle serait fort amoindri.

On pourrait concevoir une réforme consistant à légitimer tous les droits réels existants, après les avoir reconnus, à les reproduire ainsi photographiés sur le livre foncier, et à veiller à maintenir ceux-ci en parfaite conformité avec les changements apportés par le temps. Mais une légitimation préalable de tous les titres existants paraît impossible dans un pays aussi ancien que le nôtre.

On se contentera donc d'accepter les titres actuels sans les légitimer, et d'assurer la régularité des transmissions postérieures : la prescription se chargera plus ou moins

(1) Voir notamment Commission du cadastre, t. IX, p. 706.

lentement de justifier les titres inscrits pour la première fois au livre foncier. car pour les inscriptions ultérieures, elle doit être hors de cause.

A l'heure actuelle la propriété foncière est en proie à deux forces contraires ; la prescription qui la consolide sans cesse, et les nullités de toutes sortes dans les transmissions qui défont ce que la prescription fait : c'est un travail de Pénélope.

La réforme proposée par la commission extraparlamentaire aurait pour résultat de supprimer à peu près toutes les erreurs et causes de nullité dans les transmissions, et, pour celles qui subsisteraient, d'en supprimer au moins les dangers par la création d'un auteur responsable ; dans ces conditions, la prescription remplirait son office de consolidation à l'égard des droits inscrits pour la première fois, sans qu'une force contraire vienne détruire son œuvre, jusqu'au jour où tous les droits étant consolidés, elle deviendra inutile.

Pour cela, que faut-il ?

Que tout droit réel postérieur à la réforme soit subordonné pour sa validité même « *inter-partes* » à l'inscription sur le Livre foncier.

Que cette inscription soit faite avec certitude de l'identité et de la capacité des parties.

Or pour la première condition, il suffit de l'énoncer dans la loi, c'est ce qui est dit dans l'article 10 de l'avant-projet sur l'institution des livres fonciers.

Pour la seconde, au contraire, s'élèvent beaucoup plus

de difficultés, et c'est ici qu'on a pensé naturellement aux notaires pour assurer l'identité et la capacité des parties (article 44 et suivant de l'avant projet). Mais comme les transmissions peuvent avoir lieu en vertu d'un bordereau sous seing privé, le conservateur peut également être responsable de l'identité et de la capacité à défaut de l'intervention du notaire. On peut alors concevoir que les conservateurs demanderont des pièces nombreuses, et on sera rapidement conduit à voter tout un système de lois relatif à la publicité de l'état des personnes, c'est-à-dire à organiser le casier civil.

Plaçons-nous maintenant en face d'un prêt hypothécaire.

Le rôle du notaire y est à l'heure actuelle très important parce qu'avec notre publicité par noms de propriétaires, le notaire seul a la possibilité de faire les recherches nécessaires sur la situation juridique des biens ; de même l'existence de droits réels occultes nécessite son intervention pour arriver à connaître l'exacte situation hypothécaire.

Par corrélation entre le système des transmissions et le système des hypothèques, il n'existera plus d'hypothèques occultes, la propriété sera sûre, les charges réelles seront facilement connues : le rôle du notaire, à tous ces égards, sera tout à fait diminué. Il est vrai que l'hypothèque ne pourra être constituée que par acte authentique, mais si on exige l'intervention du notaire, cela tient à ce qu'il sera garant de l'état et de la capacité

des parties, comme en matière de transmission immobilière (article 60 de l'avant-projet sur les privilèges et hypothèques.)

Or, nous l'avons vu, le vote des projets aurait à nos yeux pour résultat d'amener à brève échéance le vote du casier civil, qui complèterait dans l'ordre juridique de l'état des personnes la réforme opérée dans l'ordre juridique des droits immobiliers. Les avant-projets ont, en beaucoup de points, exigé l'acte authentique, notamment pour les constitutions d'hypothèque, les bordereaux d'inscription, les bons hypothécaires, etc..., la diminution d'importance de chaque acte sera compensée, et au delà, par le plus grand nombre d'actes passant par les mains du notaire ; en sorte que l'on peut dire que celui-ci gagnera en étendue largement ce qu'il perdra en profondeur ; une fois la réforme lancée, son rôle ira en se simplifiant, tout en restant indispensable, un système comme celui des livres fonciers ne pouvant exister utilement s'il n'a à sa base l'acte authentique garanti par le notaire.

Mais peut-on prévoir cette éventualité ? Il semble que l'opinion dominante nous réponde : non. Du moins en ce sens qu'à l'heure actuelle on juge les inconvénients de notre situation immobilière trop faibles pour imposer le grand effort que nécessiterait la réforme d'ensemble, notamment l'effort pécuniaire que représente la refonte totale du cadastre : et dès lors, tout en reconnaissant que l'avenir appartient à l'idée maîtresse des avant-projets

de la commission extraparlamentaire, on peut penser que ce sera à une époque encore bien éloignée de nous.

§ 4. — Le rôle des notaires et le crédit agricole.

On sait que la question du Crédit agricole est une de celles qui préoccupent le plus les économistes, et qu'elle est à l'ordre du jour parmi les questions sociales. Quel est le rôle du notaire dans cette question, c'est ce que nous voudrions esquisser en quelques mots.

Le vote des lois du 5 novembre 1894, du 14 janvier 1908, du 18 février, et du 19 mars 1910, atteste l'intérêt du problème : à cet égard, il semble bien qu'une évolution se soit produite dans les idées.

On était parti de l'idée de mutualité et de Caisses régionales pour établir un véritable crédit agricole personnel (lois de 1894 et de 1908). Puis les lois du 18 juillet 1898 et du 3 mai 1906 avaient organisé le crédit agricole mobilier sous la forme des warrants agricoles. Ces réformes ont à peu près échoué ; quelle est la raison de cet échec ?

On en donne souvent comme explication le caractère méfiant du paysan français qui ne veut pas mettre ses voisins, parents et amis dans le secret de ses affaires ; on peut y ajouter les raisons politiques, les caisses du Crédit agricole pouvant avoir une orientation politique marquée (1).

(1) Doublet, thèse Paris, 1904, p. 480 ; Gide, *Cours d'économie politique*, p. 409.

On peut ajouter enfin la situation prépondérante des notaires qui ont le monopole des constitutions hypothécaires, et qui, sauf dans les villes, ont aussi le monopole de fait du Crédit foncier, lequel établissement n'a pas donné dans les campagnes le résultat qu'on avait espéré.

Un courant se dessine d'ailleurs en faveur du foyer insaisissable : c'est la tendance à laquelle ont obéi la loi du 12 juillet 1909, qui consacre en France le « *homestead* », et la loi du 19 mars 1910 qui prévoit l'ouverture d'un crédit hypothécaire, ne pouvant excéder 8.000 fr., pour permettre l'acquisition, l'aménagement, la reconstitution de petites propriétés rurales qui pourront être constituées en biens de famille insaisissables.

Il est d'ailleurs à remarquer que la loi du 12 juillet 1909, ayant proclamé l'insaisissabilité du bien de famille, est difficilement conciliable avec celle du 19 avril 1910, qui parle de prêts hypothécaires destinés à faciliter l'établissement d'un bien de famille : ces prêts hypothécaires doivent avoir forcément pour résultat de rendre ce bien saisissable, et cependant le législateur de 1909 défend au juge de paix (article 8) d'homologuer la constitution d'un bien de famille sur lequel il existerait une hypothèque. Quoi qu'il en soit de cette antinomie entre les textes, il semble bien que ce n'est pas par ces lois qu'on obtiendra le crédit, parce que, d'abord elles ne sont applicables qu'aux îlots bâtis, et ensuite parce

que le bien insaisissable est à l'opposé même du crédit.

En admettant même que la loi du 19 mars 1910 ait dérogé si gravement à la loi du 12 juillet 1909, qu'elle ait permis d'hypothéquer le bien de famille pour arriver à sa constitution, du moins quand il faudra l'exploiter, sera-t-il difficile d'emprunter, et pour ces biens, le Crédit Foncier n'existe pas.

A l'heure actuelle on peut donc dire encore que la majeure partie du Crédit rural se fait par la voie hypothécaire, et que les notaires jouent un rôle prépondérant en cette matière : Ce rôle s'explique par leur connaissance de la solvabilité des individus et de la valeur des terres, par leurs relations journalières avec le paysan, par la répugnance qu'éprouve celui-ci à livrer l'état de sa situation à des sociétés de Crédit où il se trouve en contact avec des voisins, jaloux ou ennemis politiques parfois.

Ce rôle, les notaires s'en acquittent à leur honneur : mais ils ont une tendance bien naturelle à faire des prêts à court terme, et à prendre leurs bénéfices dans de fréquents renouvellements ; ce fut là une des causes qui leur fit voir avec défaveur l'apparition du Crédit Foncier, et qui leur fera combattre sans doute les autres institutions de Crédit immobilier.

D'ailleurs, tant que la réforme hypothécaire, telle que le propose la commission extraparlamentaire du cadastre, n'aura pas fonctionné pendant quelque temps, le minis-

rière des notaires restera indispensable pour se guider dans le dangereux dédale de nos droits réels immobiliers.

Jusqu'ici leur honorabilité et leur zèle ont permis à un système déplorable en principe, de fonctionner en pratique d'une manière passable, tant il est vrai que de mauvais outils sont préférables à de mauvais ouvriers.

Le Crédit foncier rural, dans les travaux de la commission extraparlamentaire du cadastre, a trouvé sa place sous forme de bons hypothécaires à ordre (article 47 de l'avant-projet sur les hypothèques). Pour ne retenir de cette innovation (qui nous paraît critiquable à tous les points de vue, les créances à céder étant presque toujours les mauvaises créances, et le paysan ayant intérêt à garder le même créancier qui le connaît et le ménage) que le côté qui intéresse le rôle du notaire, nous remarquons qu'elle aura pour effet de supprimer les cessions et les subrogations, qui sont une source de profits pour les notaires : la réquisition notariée prévue par l'article 60 ne saurait être une compensation à cette disparition.

Les renouvellements décennaux étant supprimés par l'article 63, il ne resterait aux notaires que les actes constitutifs, dont la simplification, chaque jour plus grande, tendrait à diminuer les honoraires.

La force de l'habitude, la crainte, parfois mal raisonnée, des innovations, le souci des intérêts matériels dans l'avenir, tels sont en résumé les motifs qui rendent peut-

être le notariat mal disposé envers la réforme hypothécaire: et pourtant combien de ce chef le rôle des notaires, ce rôle si délicat et complexe que nous venons d'étudier, en serait simplifié !

Vu : Le Doyen,

Vu : Le Président de la Thèse,

P. CAUWÈS.

Ch. MASSIGLI.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

FRINGNET.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE PREMIER	
<i>Preliminaires</i>	1
CHAPITRE II	
<i>Historique</i>	5
Législation révolutionnaire	11
Loi de Ventôse an XI	12
CHAPITRE III	
<i>Intervention du notaire dans les prêts hypothécaires</i>	19
§ 1. Rôle du notaire avant la rédaction de l'acte	19
<i>A)</i> Recherche des contractants	19
<i>B)</i> Nature du lien juridique unissant le notaire à ses clients.....	23
<i>C)</i> Recherche des garanties.....	48
§ 2. Rôle du notaire comme rédacteur de l'acte.....	92
§ 3. Rôle du notaire après la rédaction de l'acte	104
§ 4. Rôle du notaire dans la prise d'inscription et les renou- vellements hypothécaires.....	113

CHAPITRE IV

<i>De quelques questions accessoires</i>	124
§ 1. Le secret professionnel et les prêts hypothécaires.....	124
§ 2. Rôle du notaire commis par justice.....	126
§ 3. Les notaires et la réforme hypothécaire	127
§ 4. Le rôle du notaire et le Crédit agricole	134

